image
not
available

Digitized by Google

Digitized by Google

B 5
3
424
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI
DONATI DAL
DOTTOR ANNIBALE GIULIONI
GIURISTA
**Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1º Dicembre 1895 in Firenze.**

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICti,

POTENTISSIMI BORVSSORVM REGIS QVONDAM A CONSILIIS SANCTIORIBVS, REGIMINIS DVCATVS MAGDEBVRGICI CANCELLARII, ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORIS, ORDINIS ICTORVM PRAESIDIS ET PROFESSORIS IVRIS PRIMARII,

EXERCITATIONES
AD
PANDECTAS,

IN QVIBVS PRAECIPVA DIGESTORVM CAPITA EXPLICANTVR, ANTEA SIGILLATIM EDITAE, NVNC CONIVNCTIM SECVNDVM ORDINEM PANDECTARVM DIGESTAE,

CVRA FILII

GEORGII LVDOVICI BOEHMERI D.

POTENTISSIMI MAGNAE BRITANNIAE REGIS AB AVLAE CONSILIIS ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA.



TOMVS V.

HANOVERAE ET GOETTINGAE,

CIↃ IↃ CC LXII.

Digitized by Google

B 5. 3. 424

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO

S. P. D.

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER.

Diu in aere Tuo me fuiſſe intelligo, Lector Beneuole, cum demum poſt annorum interualla, motibus bellicis notata, in publicum prodire iubeo quintum volumen Paternarum ad Pandectas Exercitationum. Soluo ergo, quod Tibi debeo, quodque debeo manibus B. Parentis, de quo bene merendi voluntatem teſtatam reddere pietate ducor; tardeque ſoluenti non minus mihi defuturam confido excuſationem, quae temporum iniuria impeditis prodita eſt. Nouum volumen complectitur varii argumenti exercitationes, quae a doctrina et vtilitate eam commendationem habent, quam Tuo iudicio magis quam verbis meis comprobari deſidero. Inter priores exercitationes, ad iura vltimarum voluntatum illuſtranda pertinentes, *Septuageſima octaua*, quae eſt *de Codicillis ſine teſtibus validis*, codicillorum apud Romanos rationem ex iure antiquo et nouo explicat, et maxime in eo euincendo verſatur, teſtium ſolennitatem haud neceſſariam eſſe in codicillis *teſtamento confirmatis*, propterea quod vi *confirmationis*, in *teſtamento* factae, valeant, in ceteris vero codicillis, vi propria ſubſiſtentibus, ſolennem quinque teſtium numerum eſſe adhibendum. Aduerſus hanc diſſertationem calamum ſtrinxit IMMANVEL DVNIVS, ICtus Romanus, in

 com-

Digitized by Google

commentario, *de veteri et nouo iure codicillorum*, Romae a. CIϽIϽCCLII edito, cui et citatam diſſertationem in appendice adiunxit. Miſſis his, quae aſpere et arroganter ſcripſit Dunius, quippe quae contemnenda eſſe ingenui omnes intelligunt, a re non alienum eſſe exiſtimaui, praefamine complecti potiora huius quaeſtionis capita, et quod nuper programmate explicare incepi argumentum, DE QVATVOR MODIS CONFICIENDI CODICILLOS *ad locum Pauli in L.* 8. *pr. D. de iure codicillorum* ita tractare, vt vna ſatisfacerem Dunii obiectionibus, quoad ad argumenti rationem pertinere videntur.

II. *De iure codicillorum* librum ſingularem ſcripſit IVLIVS PAVLVS, ICtus ſub Alexandro Seuero florentiſſimus, et inter legum peritorum coryphaeos relatus a MODESTINO [a]), ex quo non niſi pauca fragmenta ſeruata ſunt in Pandectarum libris, in iisque illud, quod habetur in *L.* 8. *D. de iure Codicillorum.* *Conficiuntur codicilli quatuor modis: aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommiſſum,* TESTAMENTO FACTO; *aut* SINE TESTAMENTO. *Sed ideo fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur paterfamilias ſponte ſua his relinquere legitimam hereditatem.* Stilo ſtricto et conciſo Paulus complectitur omnem codicillorum rationem. Summam eorum diuiſionem facere videtur in eos, qui conficiuntur vel *facto teſtamento* vel *ſine teſtamento.* Illos VLPIANVS [b]) vocat AD TESTAMENTVM FACTOS, hos CODICILLOS

a) *L.* 13. §. 2. *D. de excuſationib. tutor.*
b) *L.* 8. §. 1. *D. de transact.*

LOS AB INTESTATO: et TRIBONIANVS [c]) *non tantum*, inquit, *teſtamento facto poteſt quis codicillos facere, ſed inteſtato quis decedens, fideicommittere codicillis poteſt.* Ex quo enim ab Auguſti aetate ICtorum auctoritate recepta eſt haec ſpecies minus ſolennis vltimae voluntatis, qua praecipere licuit heredibus aliisque ſucceſſoribus ſuis, quid poſt mortem fieri placeret; et *fideicommiſſorum* quoque, quae prius fide heredis conſtabant, praeſtatio neceſſaria effecta eſt: vſus codicillorum inſignis eſſe coepit non minus in ſucceſſione teſtata quam inteſtata. Itaque condi coeperunt non modo ad ſupplendum vel immutandum, quod teſtamento comprehenſum eſt, verum etiam ab inteſtato deceſſuris per codicillos de bonis diſponere licuit, electa fide heredis legitimi, a quo hereditas eiusue pars vel bona ſingularia reſtituenda eſſent ea lege, quae in codicillis placuit [d]).

III. Codicillorum *ad teſtamentum factorum* tres ſpecies recenſet PAVLVS, *aut in futurum confirmatos, aut in praeteritum, aut per fideicommiſſum.* Easdem ſpecies alii ICti hac diuiſione complectuntur, qua codicilli ſunt vel teſtamento *confirmati*, vel *non confirmati. Teſtamento confirmari*

[c]) §. 1. *I. de codicillis.*

[d]) Inanis lis eſt, quam Dunius l. c. mouet ſuper forma *epiſtolarum*, qua ab origine *codicillos* ſcriptos eſſe obſeruauit B. *Parens* l. c. c. 1. §. 9. Neque enim hanc formam iure legeque praeſcriptam eſſe dixit B. Parens, ſed vſitatam; et moris illius infinita extant documenta. *Ab origine* hunc morem ſeruatum eſſe contendit: vſuque codicillorum firmato et amplificato, eosdem *quocunque ſcripturae genere* confectos, et *nuncupatiuos* quoque receptos eſſe monuit. §. 24.

mari dicuntur ſola teſtatoris declaratione, in teſtamento comprehenſa, quod eos valere velit. Codicillos, *ante teſtamenti tabulas* confectos non modo confirmare integrum eſt, verum etiam *poſt teſtamentum* conditos. Solennis fuit formula, quam habet MARCELLVS: [e]) SI QVOS CODICILLOS RELIQVERO, VALERE VOLO, nec non ſimilis formula generalis, quae codicillos tum teſtamento anteriores tum poſteriores ex ſententia CELSI [f]) complecti videbatur; SI QVID TABVLIS ALIOVE QVO GENERE AD HOC TESTAMENTVM PERTINENS RELIQVERO, ITA VALERE VOLO. Itaque Paulus codicillos tum teſtamento anteriores tum poſteriores intelligit, dum eos facto teſtamento vel *in futurum* confirmari dicit vel *in praeteritum*.

IV. Superſunt, quos PAVLVS *confirmatos per fideicommiſſum* teſtamento facto appellat: namque verbum *confirmare* omnino ad hos pertinet, quos vna oratione cum prioribus, in futurum vel in praeteritum confirmatis, coniungit. Quid autem illud: *codicillos per fideicommiſſum confirmare?* Vtuntur hac formula ICti tum maxime, quando de codicillis loquuntur, vim ex fideicommiſſo capientibus. Ita SCAEVOLA cum recenſuiſſet teſtamentum ſibi propoſitum, *deinde*, inquit [g]), *codicillos per fideicommiſſum confirmauit, quibus ita cauit.* Et PAVLVS in eodem loco, quem explicamus, ſimpliciter formula vtitur, *confirmare*

[e]) *L. vlt. D. de fideicommiſſariis libertatibus.*

[f]) *L. 18. D. de iure codicillorum.*

[g]) *L. 37. §. 2. D. de legatis lib. 3.*

Digitized by Google

mare codicillos: [h]) *ſi poſt factum teſtamentum codicillos quis confirmauerit*, hoc eſt, per fideicommiſſum confecerit. Videlicet ſi quis facto teſtamento, in quo codicillorum nulla prorſus facta eſt mentio, de conficiendis codicillis adhuc cogitat: nec hos facere impeditur, cum habeat fideicommittendi facultatem, qua poteſt heredi ſcripto vel cuicunque legatario per codicillos iniungere, quae ab illis poſt mortem adhuc praeſtari deſiderat. Egregie CAIVS *lib. II. Inſtitutionum,* [i]) *ſed is*, inquit, *qui teſtamento heres fuerit inſtitutus, poteſt per codicillum rogari, vt hereditatem, quae ei data eſt, alii totam, vel pro parte reſtituat, quod validum eſt, etiamſi codicilli teſtamento non fuerint confirmati.* Idem ſcribit VLPIANVS [k]): *qui teſtamento heres inſtitutus eſt, codicillis etiam non confirmatis rogari poteſt, vt vel hereditatem totam vel ex parte alii reſtituat.* Cuiusmodi generis codicilli cum valeant *per fideicommiſſum*, quo ſucceſſio per teſtamentum relicta varia ratione circumſcribi poteſt: eosdem *per fideicommiſſum confirmatos* appellat Paulus. Adpoſite et ſpeciatim dicuntur *epiſtolae fideicommiſſariae* [l]). Licet itaque *ratione teſtamenti,* in quo eorum mentio et confirmatio prorſus deeſt, codicilli *teſtamento non confirmati* dicantur: ſunt tamen codicilli ad *cauſam teſtamenti* pertinentes ſeu codicilli *ad teſtamentum facti,* cum ad ſucceſſionem

[h]) *L. 8. §. 3. D. de iure codicillorum.*

[i]) *tit. VII.* §. 8. apud ANT. SCHVLTINGIVM in *iuriſpr. Anteiuſtinianea p. 229.*

[k]) in *fragm. tit. XXV. apud* SCHVLTINGIVM *l. c. p. 662.*

[l]) *L. 7. C. Qui teſtamenta fac. poſſ. L. 75. D. ad SCt. Trebell. L. 37. §. 3. D. de legat. 3.*

Digitized by Google

nem per teſtamentum ordinatam pertineant eamque determinent.

V. Sed iam per partes ire praeſtat, et quae in ſingulis codicillorum ſpeciebus iura obtinuerint, breuiter expendere. Inter codicillos *ab inteſtato* et *ad teſtamentum factos* tantum fere intereſſe videbatur, quantum inter ſucceſſionem *legitimam* et *teſtamentariam*. Per codicillos ab inteſtato regitur ſucceſſio ab inteſtato, cum in his fideicommiſſum contineatur, quo *ab inteſtato ſuccedentes* rogati cenſentur, hereditatem eiusue partem aliaue bona ſecundum *voluntatem fideicommittentis* reſtituere [m]). Parum abfuit, quin per huiusmodi codicillos tantum effici potuerit, quantum per teſtamentum, hereditate in fideicommiſſi cauſam conuerſa, vt adeo PAVLVS [n]) ſcribere non dubitauerit, eos *teſtamenti vicem exhibere*. Scripti cenſentur ad *heredem ab inteſtato*, quisquis ille fuerit; hunc enim vt fideicommiſſo onerare poſſit, ſatis honoraſſe cenſetur teſtator, dum monente PAVLO, [o]) *ſponte ſua his reliquit legitimam hereditatem*. Hoc ſenſu in vnum caſum, quo quis videlicet ab inteſtato heres extiterit, directi eſſe cenſentur, niſi ab vno herede quidquam nominatim relictum eſſe appareat [p]). *Quicunque ergo ab inteſtato ſucceſſerit*, ſiue proximior ſiue remotior, *ſemper locum habent codicilli: nam vnus caſus eſt: nec intereſt, qui ſuccedat, dum inteſtato ſuccedat*; ceu rem explicat idem ICtus [q]). Ex quo et

m) *L.* 3. *D. de iure codicillor.*

n) *L.* 16. *D. eod.*

o) *L.* 8. §. 1. *D. eod.*

p) Quo pertinet *L.* 1. §. *pen. D. de legat. lib.* 3.

q) *L.* 16. *D. de iure codicillorum.*

Digitized by Google

et illud conſequebatur, vt codicilli non rumperentur agnatione poſtumi ſui heredis vel proximi agnati, qui in lucem venerit poſt codicillos factos, et ab inteſtato defuncto ſucceſſerit [r]).

VI. Alia ratio fuit codicillorum *ad teſtamentum facto-rum:* qui cum pertineant ad ſucceſſionem teſtamentariam, non intelliguntur niſi *poſita ſucceſſione ex teſtamento.* Fluit inde principium, quo vtitur PAVLVS, codicillos ad teſtamentum factos, *ſequi ius teſtamenti* [s]), eosque ideo, ſi teſtamentum ſubſiſtat vel cadat, aeque ſubſiſtere vel cadere. Caue, ne eius rei rationem in *confirmatione* codicillorum colloces; latius enim iure antiquo patet illa *iuris regula*, ad codicillos etiam *non confirmatos* producta. Omnes videlicet codicilli, *ad teſtamentum facti*, cauſam ſucceſſionis, *teſtamento* conſtitutae, reſpiciunt, eiusque, quod teſtamento comprehenditur, vel ſupplendi vel corrigendi immutandiue cauſa conduntur: inſtar *teſtamenti acceſſionum:* id quod in codicillis *confirmatis* aeque ac *non confirmatis* obtinet. Quapropter ſcribit IVLIANVS [t]): *teſtamento facto, etiamſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capient. Denique ſi ex teſtamento hereditas adita non fuiſſet: fideicommiſſum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit.* Ex iisdem conficit PAVLVS noſter, eum, qui *teſtamentum* tam-

[r]) *L.* 3. §. 1. *D. eod.* IAC. CVIACIVS in *recitationib. ad Saluii Iuliani lib.* 39. *Digeſtor. ad. L. cit.* 3. et in *recitat. ad Lib.* 21. *quaeſtionum Pauli ad L.* 16. *D. de iure codicill.*

[s]) *L.* 16. *D. de iure codicill.*

[t]) *L.* 3 §. 2. *D. eod.*

Digitized by Google

tamquam falſum arguerit, nec obtinuerit, tamquam indignum amittere etiam *relicta codicillis non confirmatis. Qui principale,* inquit [v]), *teſtamentum arguit, et a ſecundis tabulis repellendus eſt, item a codicillis ad teſtamentum factis, licet non confirmatis.*

VII. Etiamſi vero codicilli tam confirmati quam non confirmati *ius teſtamenti* ſequantur: inter vtramque ſpeciem tamen intercedit iurium diſcrimen, cuius ratio in *confirmatione* continetur, quae *ex teſtamento* accedit confirmatis, et qua *carent* non confirmati. Haec enim efficit, vt codicilli *confirmati* pro *parte teſtamenti* habeantur [x]): pro qua haberi nequeunt *non confirmati,* cum de his nihil dictum ſit in teſtamento. Quamquam vero et hi ius teſtamenti ſequantur: aliud tamen eſt, *ius teſtamenti ſequi,* quod reſpicit *vim* et *valorem* codicillorum, vt vna cum teſtamento et valeant et concidant, et aliud iterum, *partem teſtamenti facere,* pro qua haberi non poteſt, niſi quod vi iuſtae teſtatoris ſententiae perinde in teſtamento continetur, ac ſi eidem ineſſet, ideoque ad *contenta* teſtamenti refertur [y]). Itaque

[v]) *L.* 5. §. 14. *D. de his quae vt indignis.*

[x]) *L.* 14. *pr. D. de iure codicill.* in qua lege de *confirmatis* codicillis ſermo eſt. De iisdem ex analogia iuris non minus accipienda eſt *L.* 11. *D. Teſtamenta quemadm. aperiantur.*

[y]) Haec non ſeparauit IMMANVEL DVNIVS in comment. *de iure codicillorum cap.* 1. § 10. *n.* 4. 5. cui vnum idemque eſt, *ius teſtamenti ſequi,* et *partem teſtamenti* facere. Hinc codicillos etiam *non confirmatos* pro *parte teſtamenti* habitos eſſe autumat; deinde cum exinde difficultatem in iuribus ſpecialibus codicillorum *confirmatorum*

Digitized by Google

que codicilli non confirmati, etiamſi *pars teſtamenti* non intelligantur, *teſtamenti ius* tamen ſequuntur: Confirmati vero et pro *parte teſtamenti* habentur, et *obſeruationem et legem iuris inde traditam ſeruant*, vt Scaevola ait [z]). Confectum inde eſt principium, quod habet IVLIANVS [a]), vt, *quaecunque in codicillis confirmatis ſcriberentur, perinde haberentur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent*, dummodo naturae codicillorum conueniant: quae dum adiicio, quemlibet intelligere arbitror, exceptam me velle directam heredis inſtitutionem, quae ius teſtamenti et codicillorum diſtinguit [b]). In confirmatis codicillis ergo data *legata* [c]), *tutelae* [d]), et *li-*

 ber-

rum explicandis natam intelligeret, ad *fictionem iuris* confugit, quaſi *relicta codicillis confirmatis* fingerentur relicta eſſe in teſtamento, eiusmodi fictio autem in non confirmatis abeſſet. Error opinionis in eo latet, quod non obſeruet, quam diuerſa ſint, *ius teſtamenti ſequi*, quod commune eſt codicillis confirmatis et non confirmatis, et *partem teſtamenti facere*, quod proprium eſt codicillis confirmatis: non confirmati enim nullibi pro parte teſtamenti habentur nec haberi poſſunt, cum ne eorum quidem mentio in teſtamento interueniat. Quid vero opus eſt, nouis fictionibus laborare, vt relicta in codicillis teſtamento confirmatis pro relictis in teſtamento habeamus: id enim non a fictionis virtute, ſed a confirmationis ratione, in ſolis codicillis confirmatis obuia, repetendum eſt, virtute cuius hi pro *parte teſtamenti*, et *relicta in illis* perinde habentur, ac ſi *teſtamento* ſcripta eſſent.

z) *L. 14. cit. de iure codicill.*

a) *L. 2. §. 2. D. de iure codicill.*

b) *L. 10. D. eod.* CAIVS *Inſtitut. lib. II. tit. 7. §. 8. per codicillos*, inquit, *nemo heres inſtitui poteſt, quamuis teſtamento confirmati ſint.* Et VLPIANVS *fragm. tit. XXV. §. 11. directo heredem ne quidem confirmatis codicillis inſtitui poſſe*, ait.

c) VLPIANVS *in fragm. tit. 24.* §. 29. apud SCHVLTINGIVM *l. c. p. 659.*

d) *L. 3. D. de teſtamentar. tutela.* Tutor

bertates [e]) iure directo ſubſiſtunt, perinde ac ſi data ſint teſtamento, in quo dari duntaxat poſſunt iure antiquo. Nihil horum fieri poteſt in *codicillis non confirmatis;* cum pro parte teſtamenti non habeantur: quamquam in his pro libera fideicommittendi facultate et *fideicommiſſa* relinqui et *libertates fideicommiſſariae* dari poſſent, ipſique codicilli inde *per fideicommiſſum facti* appellarentur. Diuerſam hanc codicillorum rationem explicat CAIVS *lib. II. Inſtitutionum* [f]), et *Legatum*, inquit, *per codicillum relictum non valet, niſi codicilli teſtamento fuerint confirmati: fideicommiſſum vero etiamſi teſtamento codicilli non fuerint confirmati, nihilominus debetur.*

VIII. Itaque in codicillis, ad teſtamentum factis, de duobus momentis quaeri poterat, tum *quo iure* valerent? tum quae in illis *relinqui* poſſent? Intuitu *validitatis* eadem eſt codicillorum confirmatorum et non confirmatorum cauſa, quod non intelligantur niſi poſita ſucceſſione ex teſtamento, ideoque ius teſtamenti ſequantur, et vna cum eodem et ſtent et concidant. Quod vero attinet ad *relicta in codicillis*, quaedam eorum non valebant niſi virtute *confirmationis in teſtamento factae*, quippe

Tutor in *codicillis non confirmatis* a patre datus, imperfecte datus cenſebatur, et confirmatione indigebat. *L.* 1. § 1. *de confirm. tutare.*

[e]) *L.* 43. *D. de manumiſſis teſtamento. Libertates directae et teſtamento et codicillis teſtamento confirmatis recte dantur; fideicommiſſae et ab inteſtato, et codicillis non confirmatis relinqui poſſunt.*

[f]) *tit. VII.* §. 8. apud SCHVLTINGIVM *l. c. p.* 128.

pe quae duplicem vim habebat tum ad firmandum muniendumque *valorem* codicillorum, tum ad ſuſtinenda ea, quae non niſi *teſtamento* relinqui poterant, qualia erant *legata, tutelae* et *libertates*. Quibus ſic diſtinctis, via plana et aperta eſt ad explicandam difficilem quaeſtionem, a CVIACIO [g]), FABRO [h]), et CONNANO [i]) haud expeditam, in quibus cauſis ſpectandum ſit in codicillis *tempus confirmationis*, et quando *tempus codicillorum*. Plane vna tantum cauſa eſſe videtur, quae ad *tempus confirmatonis* refertur, cauſa videlicet eorum, quae in codicillis confirmatis a *confirmatione* dependent, vt legatorum datio et ademtio, tutelae ac libertatis datio: namque in his conſequens eſſe videbatur, ſpectandum eſſe tempus *confirmationis*, cum *vi huius* haberentur ac ſi *in teſtamento* ſcripta eſſent. Comprobant illud exempla in legibus propoſita. IVLIANVS [k]), *ſeruo*, inquit, *qui teſtamenti facti tempore teſtatoris fuiſſet, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. Et contra ſi, cum teſtamentum fiebat, alienus eſſet, codicillorum tempore teſtatoris: intelligitur alieno ſeruo libertas data.* Porro quamquam legatum non valeret, ſeruo proprio ſine libertate datum: ſi tamen *ei ſeruo, qui teſtamento legatum acceperat, libertas codicillis detur*, *vtile*

g) in *tract. II. ad Africanum*, vbi in primis ad *L.* 14. *et* 15. *D. de iure Codicill.* commentatur.

h) *Coniecturarum lib. XV. c.* 16. *p.* 595.

i) in *comment. iur. ciu. lib.* 9. *c.* 6.

k) *L.* 2. §. 2. *D. de iure codicill.*

vtile legatum eſſe reſpondet PAVLVS [l]), *quaſi ab initio conſtiterit legatum.* In ceteris cauſis, quae *non pendent a confirmatione*, ſpectandum eſt *tempus*, quo codicilli *conſiciuntur* [m]). Sic *facultas condendi codicillos* aeſtimatur ex *tempore codicillorum.* Quo tempore ſi ius faciendi teſtamenti *deſierit* habere teſtator, forte quod capiatur ab hoſtibus, aut in furorem incidat, aut bonis interdicatur: dicendum eſt non valere codicillos, etiamſi is teſtamenti factionem habuerit tempore *conditi teſtamenti* [n]). E contrario valent codicilli ex tempore codicillorum, quo teſtator habuit *ius eorum*, quod non competebat *tempore teſtamenti.* Notum eſt, facultatem legandi libertatem circumſcriptam eſſe lege Aelia Sentia, ne in fraudem creditorum quis manumitteret, neue minor alia ratione quam per vindictam et cauſa apud conſilium probata manumitteret. Itaque Iulianus reſpondet [o]): *Eum, qui codicillorum tempore ſoluendo ſit, recte libertatem dare placuit, quamuis teſtamenti facti tempore ſoluendo non fuerit.* Et reſcri-

ptis

[l]) *L.* 8. §. 5. *D. eod.*

[m]) His poſitis principiis, Iuri Romano ſua conſtat vis in definiendo tempore confirmationis et confectorum codicillorum. Totam hanc cauſam fictionibus inuoluit DVNIVS *l. c. cap.* 1. §. 10. *Fictionem* eſſe putat, quod *relicta in confirmatis codicillis* haberentur pro relictis in teſtamento; inde vero natum eſſe *fictionis conſequens*, in confirmatis codicillis ſpectandum eſſe tempus confirmationis: denique *fictionis exceptiones* in illis caſibus adducit, quibus non confirmationis, ſed *codicillorum* tempus ſeruatum eſt. Quae indicare idem eſt ac ea confutare, Iura in hoc argumento fictiones ignorant: interpretis vero non eſt, fictiones conquirere, neglecta naturali ratione, quae hoc loco in aprico eſt.

[n]) *L.* 7. *D. eod.*

[o]) *L.* 4. *D. eod.*

Digitized by Google

ptis Seueri et Antonini cauetur [p]): *ſi codicillos maior XX. annis feciſſet, confirmationis tempus libertati non nocere;* quamquam teſtator tempore teſtamenti maior fuerit XX. annis, et ius legandi per legem Aeliam Sentiam non habuerit.

IX. Sunt et inter confirmatos codicillos alii *teſtamento priores*, alii *poſteriores*, ſeu vt PAVLVS ait, *in praeteritum* confirmati vel *in futurum*. Priores, ante tabulas teſtamenti facti, *ab origine* ſunt codicilli ab inteſtato, cuiusmodi ſubſiſtebant viribus propriis ſine teſtamento. Cum ergo teſtator animum confert ad teſtamentum condendum: *voluntatis quaeſtio* naſcitur, vtrum teſtamento facto rata adhuc eſſe velit, quae cauerat codicillis anterioribus. Et ſatis eſſe exiſtimatum eſt, de ſeruata voluntate codicillari conſtare ex confirmatione qualicunque. PAPINIANVS [q]), *Ante tabulas teſtamenti*, inquit, *codicilli facti, non aliter valent, quam ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur.* Itaque voluntatem teſtatoris, qua codicillos anteriores ratos eſſe cupit, vel in ipſo teſtamento, vel in aliis codicillis vel alio voluntatis *indicio* ſeu voluntatis *ſignificatione* declaratam eſſe oportet ex Papiniani ſententia. Idem vult TRIBONIANVS [r]), qui

p) *L.* 1. *C. de teſtamentaria manumiſſione.* Similia exempla, in quibus tempus codicillorum ſpectandum eſſe leges decernunt, occurrunt in *L.* 7. 8. 14. *D. de iure codicill.*

q) in *L.* 5. *D. de iure codicill.*

r) *§.* 2. *I. de Codicillis.* Vid. CORNELIVS *van* BYNKERSHOEK *obſ. Iur. Rom. lib. VIII. c.* 13. *p.* 489. vbi vindicem agit Triboniani aduerſus *interpolationem* in Papiniani ſententia.

Digitized by Google

qui conditos ante teſtamentum codicillos non aliter vires habere ait ex Papiniani ſententia, quam ſi *ſpeciali poſtea voluntate* confirmentur. Addit vero, in aequiorem adhuc ſententiam diuum SEVERVM et ANTONINVM abiiſſe, ſic reſcribentem: *ex iis codicillis, qui teſtamentum praecedunt, poſſe fideicommiſſum peti; ſi appareat, eum, qui poſtea teſtamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.* A *Sententia Papiniani* in eo recedit *reſcriptum*, quod ſatis habeant Imperatores, ſi appareat, teſtatorem, teſtamento facto, *a prioribus codicillis recedere* noluiſſe, nec vlla in contrarium reuocationis indicia apparere [s]). Quemadmodum itaque ex *Papiniani ſententia* retentae *quocunque indicio* voluntatis probationes ab eo exigebantur, qui ex codicillis quid peteret; ita e contrario ſecundum *imperatorum reſcriptum* immutatae voluntatis probatio incumbit *heredi*, qui codicillis relicta, et fidei ipſius commiſſa praeſtare recuſat.

X. Explicui Pauli ſententiam ex iure, quod ipſius aeuo obtinuit. Quod intuitu *legatorum* et *fideicommiſſorum*, in codicillis relictorum, conſtitutum eſt ius, diu viguit ſeruatumque eſt vsque ad IVSTINIANI aetatem. Quamvis enim iam ſub CONSTANTINO M. abrogata ſit *formularum* ſuperſtitio in legatis et fideicommiſſis [t]): manſit tamen ea verborum *ciuilium* et *precatiuorum* differentia, quorum poteſtate legata et fideicommiſſa diſtinguebantur;

[s]) Vid. THEOPHILVS in *paraphraſi Inſtit.* §. 2. *de codicill.* et ANTONIVS FABER *Coniecturarum iuris ciuilis lib. XV. c. 25. p.* 593.

[t]) *L. 11. C. de legatis.*

tur; et ſtetit illud diſcrimen, quod *legata* relinqui tantum potuerint *codicillis confirmatis*, *fideicommiſſa* vero omnibus *ceteris codicillis*. Poſtquam vero IVSTINIANVS, ſublato illo *verborum diſcrimine*, et exaequata *legatorum* et *fideicommiſſorum* ratione, vnam eorumdem rationem eſſe voluit [v]): nemini dubium eſſe potuit, quin aeque confirmatis ac ceteris codicillis legata perinde ac fideicommiſſa relinqui potuerint.

XI. Quidquid vero in codicillis immutatum eſt per legatorum et fideicommiſſorum exaequationem: id vnice concernit *legata* et *fideicommiſſa* in iisdem relicta; non alia, quae ab his non pendent. Neque enim ſublatum eſt *omne diſcrimen* inter confirmatos ceteroſque codicillos, pro quo tollendo fruſtra laborat DVNIVS [x]). Si a legatis et fideicommiſſis diſceſſeris, ſalua ſunt omnia diſcrimina, quae a *confirmatione* in teſtamento facta deſcendunt. Fuit olim permanſitque codicillorum confirmatorum haec propria ratio, quod pro *parte teſtamenti* habeantur; pro qua non habentur ceteri codicilli. *Tutelae* datio, teſtamento et codicillis teſtamento confirmatis facta, vi propria ſubſiſtit; et VLPIANVS [y]), *teſtamento*, inquit, *tutores datos accipere debemus etiam eos, qui codicillis teſtamento confirmatis ſcripti ſunt*. Sed codicillis non confirmatis ſcripti tutores *non recte dati* cenſentur, et quod deficit, replendum eſſe ait MODESTINVS [z]) conſulari pote-

v) *L.* 1. 2. *C. Communia de legatis.*
x) *cit. diſſ. c. II. §.* 4. *num.* 10.
y) *L.* 3. *D. de teſtamentar. tutela.*
z) *L.* 1. *§.* 1. *D. de confirm. tutor.*

Digitized by Google

poteſtate, eosque confirmandos. Tandem et integrum permanſit vetus principium, in codicillis confirmatis ratione eorum, quae a confirmatione dependent, ſpectandum eſſe *tempus confirmationis*, non tempus codicillorum, quod ſecus eſt in codicillis non confirmatis.

XII. *Sollemnitatis in codicillis condendis* obſeruandae nullam mentionem iniicit PAVLVS: nondum enim vlla eo tempore praeſcripta eſt. Sollemnis *teſtium numerus in illis neceſſarius non fuit;* valebant, ſi de eorum fide conſtaret. Reſpondit SCAEVOLA [a]), *ſi fides epiſtolae relictae conſtaret, deberi, quae in ea dare ſe velle ſignificauit.* Teſtes probationis cauſa adhibere non niſi tum opus fuit, vbi de voluntate diſponentis ex fide ſcripturae non conſtabat. His opus fuiſſe in codicillis, *manu aliena* exaratis, ipſius teſtatoris manu vero nec ſcriptis nec ſignatis, quippe quos legitimos validos agnoſcit MARCIANVS [b]), nec non in codicillis *nuncupatis* [c]), nemo certe negauerit. Codicilli vero manu teſtatoris ſcripti vel ſubſcripti, ſola *ſcripturae fide* valebant, nec ad ſcripturae fidem euincendam neceſſarium fuit teſtium teſtimonium.

XIII. Quae a B. *Parente* in *cit. diſſ. c.* 1. §. 19. *ſqq.* de codicillis *ſine teſtibus* olim validis diſputata ſunt, non niſi ad eam teſtium praeſentiam pertinent, quae *ſollemnitatis* cauſa exigitur; de ea vero, quae ex iuſta cauſa, vbi videlicet ſcripturae

[a]) *L. vlt. D. de legat. II.*
[b]) *L. 6. §. 1. D. de iure codicill.*
[c]) *L. 39. §. 1. D. de legat. III. L. 22. C. de fideicomm.*

Digitized by Google

rae fides deficit, *probationis cauſa* deſideratur, nihil dictum eſt, cum ea principiis iuris communis *de probatione* regatur. Largitur DVNIVS, teſtes exſules fuiſſe in codicillis ſollemnitatis cauſa; ſed nouam hypotheſin fouet, ab aliorum Iureconſultorum ſententia alienam: quaſi in omni codicillo iure antiquo praeſentia *duorum* ſaltem teſtium *probationis gratia* neceſſaria fuerit, idemque ſentit in militari teſtamento. In qua hypotheſi cum ſimul impugnet argumenta a B. *Parente* aduerſus *ſollennitatem teſtium* propoſita: intelligat ipſe, quam ſit a ratione alienum, alterius cauſae momenta, in alia, eaque diuerſa, cauſa impetere, qualis eſt iſta de teſtibus *probationis cauſa* in codicillo adhibendis; quod vnum vel monere ſatis eſt. Ipſe in ea eſt opinione, *fidem ſcripturae* in codicillis *teſtimonio teſtium* eſſe euincendam, nec aliter quam teſtibus poſſe probari voluntatem ſcriptum codicillum condentis. Addit, SCtum, NERONIS tempore conditum, quo tabulas adhibitis teſtibus ita ſignatas eſſe oportuit, vt ter perforatae, et ter lino per foramina ſcripturae traiecto, ſignis firmarentur, ad *teſtamenta* non minus quam ad *codicillos* pertinuiſſe; eamque hypotheſin transfert ad interpretationem legum paragrapho antecedente expoſitarum. Sed animaduertendum eſt: I. *fidem ſcripti codicilli* fidei ſcripturae inniti, *fidemque ſcripturae* conſtare, quoties eam a teſtatore ſcriptam ſignatamque eſſe, vel ex *agnitione manus* conſtat, vel *probari* aliunde poteſt. An probatione veritatis manus et ſcriptionis ſemper opus fuiſſe exiſtimat DVNIVS? Si vero heres manum ſignaque teſta-

Digitized by Google

toris in codicillo, in teſtamento militari aliaue ſimili minus ſollemni diſpoſitione negare pro ſua religione non poteſt, inualidamue adhuc dicit vltimam voluntatem, quod teſtes deficiant? Vereor, ne *probationis* rationem conuertat in *ſollemnitatem*, nullo iure praeſcriptam! Satis eſſe cenſuit SCAEVOLA, *fidem relictae epiſtolae conſtare*, vt heres ad praeſtanda, quae in illa fidei eius commiſſa ſunt, adſtringeretur. Et quaenam fortior probatio fidei ſcripturae, quamquae ſit *agnitione manus*? Sed demus, eſſe quoque heredem, qui eiurata bona fide negare manum defuncti auſerit, ſuppetunt ne *iuris remedia*, quibus veritatem ſcripturae temere negatam, vel *comparatione litterarum* vel *teſtibus*, qui vel praeſentes adfuerunt teſtatori codicillum ſignanti, vel coram quibus teſtator ſignatum tamquam ſuum *agnouit*, vel denique *iurisiurandi delatione*, quam nec a fideicommiſſo heredi praeſenti iniuncto alienam eſſe exiſtimauit IVSTINIANVS, euincere datum eſt? Quod vero II. attinet ad *Senatusconſultum Neronianum* de tabulis, quae *publici vel priuati contractus ſcripturam* continent, conditum [d]): non iam diſquiram, vtrum *interpretatione* productum ſit ad *teſtamenta*, hoc ſaltem monebo, quod dudum obſeruatum eſt SALMASIO [e]) et SCHVLTINGIO [f]) illud non niſi ad *tabulas ligneas*, cero obductas pertinuiſſe, non autem ad *chartas* et ad *membranas*: ſiquidem in illis ſolis locus eſſe poterat conſtitutioni de tabulis *ceratis*

[d]) Sententiam eius recenſet PAVLVS *lib. V. recept. ſentent. tit.* 25. §. 6.

[e]) *de teſtamentis ſubſcribendis et ſignandis c.* 28. *p.* 273.

[f]) in *iurisprudentia anteiuſtinianea p.* 516.

Digitized by Google

tis ter perforandis linoque conſtringendis, in iisque ſolis ad impediendas falſariorum fraudes illa obſignationis cautela inuecta eſt, quod delendo, inducendo, adſcribendo mutari facile aliquid *in cera* et falſum committi poterat. Deinde etiamſi tabulas teſtamenti ceratas easque *ſollemnes* ex forma Senatusconſulti ſignatas eſſe ponamus: id tamen ad *codicillos ceratos* vel ad militare teſtamentum, in cera ſcriptum, perinde *interpretatione* productum eſſe, nullo indicio adparet, nec id quisquam facile affirmabit, niſi et codicillis *ſollemnem formam* lege datam eſſe probauerit, quos tamen vel in nuda *epiſtolarum forma* relinqui potuiſſe teſtatiſſimum eſt.

XIV. Nondum dimitto argumentum, cum *de ſollemnitate, codicillis iure nouo data*, nonnihil dicere, et vtrum ad omnes ſpecies a PAVLO propoſitas pertineat, expendere praeſtet. Tractauit hanc cauſam B. PARENS in citata diſſertatione, docuitque, teſtium ſollemnitatem non niſi ad codicillos vi propria ſubſiſtentes, ad codicillos videlicet *ab inteſtato* et ad *non confirmatos*, pertinuiſſe: id vero in primis impugnatum iuit DVNIVS, eam omnibus datam eſſe exiſtimans. Sollemnes codicillos primus eſſe iuſſit CONSTANTINVS vel CONSTANTIVS, filius eius, in *L.* 8. *C. Theod. de teſtament. et codicillis*; ſed non omnes, verum codicillos, qui *ab inteſtato* fiunt, conſtituta quinque teſtium in his adhibendorum ſollemnitate, ſalua et integra relicta *ceterorum codicillorum*, ad teſtamentum factorum, antiqua obſeruatione. Perſpicua eſt huius conſtitutionis ſententia, neque

Digitized by Google

que de ea lis intercedit. Diſputatur de altera, quae eſt THEODOSII iunioris, ſeruata in Codice Iuſtinianeo [g]). Tota conſtitutio cum de vi *clauſulae codicillaris* in variis teſtamentorum exemplis agit, tum de *actionibus* ad hereditatem vel ex teſtamento vel ex fideicommiſſo vi clauſulae codicillaris perſequendam. Tandem cum teſtamentum, vi clauſulae codicillaris, in *codicillum ab inteſtato* transformetur: tum in *adpendice huius conſtitutionis* definitur, quid deſideretur, vt *iure codicilli* poſſit ſuſtentari. Et conſtituit THEODOSIVS, *in omni vltima voluntate, excepto teſtamento, quinque teſtes, licet non rogatos, eſſe adhibendos.* Siue autem haec adpendix pars ſit *conſtitutionis Theodoſianae*, ſiue ex alia THEODOSII conſtitutione ei a TRIBONIANO adiecta, ceu viſum eſt GOTHOFREDO: ea latius patet conſtitutione CONSTANTINI, et ad omnem vltimam voluntatem, quae *iure ſpeciali* non eſt determinata, ideoque ad *codicillos* omnes referri poteſt vi propria ſubſiſtentes, ad codicillos non modo *ab inteſtato*, ſed etiam ad codicillos *non confirmatos*. Non autem pertinet ad vltimam voluntatem, cui ſua *ex iure ſpeciali* conſtat ratio, cum generales ſanctiones non corrigant ea, quae antea iure ſpeciali cauta ſunt; nec ideo produci poteſt ad *codicillos confirmatos*, quorum *hoc ius ſingulare* eſſe ait IVLIANVS[h]), *vt, quaecunque in his ſcribuntur, perinde habeantur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent.* Vtique iſti valent non vi propriae diſpoſitionis, ſed virtute *teſtamenti*, in quo ſunt confirmati,

g) *L. vlt. C. de iure codicillorum.*

h) *L. 2. §. 2. D. de iure codicill.*

Digitized by Google

mati, et hinc *partem teſtamenti conſtituunt, et obſeruationem legemque iuris inde traditam ſeruant* [i]). Eſt illud *teſtamenti* ius, vt, quidquid confirmatum ſit eodem, pro parte eius cenſeatur: quod cum immutatum non ſit conſtitutione Theodoſiana, nec haec referri poteſt ad codicillos teſtamento confirmatos, ex hoc iure ſpeciali ſubſiſtentes [k]).

XV. Sed videamus de his, quae aduerſus ea proponuntur a DVNIO, qui et *codicillis teſtamento confirmatis* ſollemnitatem praeſcriptam eſſe opinatur. Argumentum ex verbis conſtitutionis, quibus *in omni vltima voluntate* teſtium ſollemnitatem deſiderauit THEODOSIVS, repetit, ex iisque colligit, vnam ſollemnem obſeruationem ſtatutam eſſe in quibuscumque codicillis, tam ab *inteſtato*, quam ad *teſtamentum* factis, *confirmatis* aeque ac *non confirmatis*. Vereor, ne quis generali verborum tenori inſiſtens, ex iisdem perinde colligere poſſit, omnem vltimam voluntatem vel *militari modo*, vel *inter liberos* a parentibus per codicillos declaratam, ſollemni obſeruatione indigere: quod cum abſonum foret, argumentum nulla habita voluntatis legislatoris ratione, ex ſolis verbis generalibus deſumtum, nihil efficere, palam eſt. Itaque conſtitutione Theodoſiana immutata non cenſentur, quae de vltimis voluntatibus *iure ſpeciali* ſunt conſtituta, et codicilli teſtamento *confirmati*, perinde atque aliae vlti-

[i]) *L. 14. D. eod.*

[k]) vid. HVGO DONELLVS in *commentariis iuris ciuilis L. VII. c. 19. n. 10. et 20.* ARN. VINNIVS in *commentario ad Inſtitut. lib. II. tit. vlt. §. vlt.*

vltimae voluntates minus ſollemnes, *iure ſpeciali* ſubſiſtunt. De quibus ſi noua quaedam cauere mens Imperatoris fuiſſet: ea, quae de *vi teſtamenti* hactenus ſancita erant, immutanda fuiſſent, ſtatuendumque, ne codicilli teſtamento confirmati in poſterum pro parte teſtamenti haberentur, neue in poſterum obtineret ius *illud ſingulare*, quod ita vocatur IVLIANO [l]), vt, quaecumque in his ſcriberentur, perinde haberentur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent. Sane in iure nouo conſtituendo ita verſari mos eſt, et ratio iubet, vt vel *veteris*, quod abrogatur, mentio fiat, vel ſaltem *nouum* ita proferatur, vt et *voluntas* illud condendi adpareat, et nouum ius *ſpeciatim* determinetur. Nihil horum reperitur in conſtitutione Theodoſiana; de *vi teſtamenti in codicillis confirmandis* prorſus actum non eſt, et tantum abeſt, vt de ea abroganda vel aeuo THEODOSII [m]), vel IVSTINIANI veſtigium adpareat, vt potius ius ſingulare codicillorum confirmatorum *in Digeſtis* perſpicue repetitum ſit, indeque TRIBONIANVS, ad hos codicillos reſpiciens adſerat: *codicillos nullam ſollemnitatem ordinationis deſiderare.* Notum eſt, quam varia ſit interpretum et commentatorum ad Inſtitutiones

[l]) *L. 2. §. 2. D. de iure codicill.*

[m]) Praeter *L. vlt. C. de iure codicill.* nullae de iure codicillorum exſtant THEODOSII conſtitutiones, niſi forte huc retuleris *L. 21. §. 3. C. de teſtament.* in qua prius teſtamentum ſollemne, quod extraneum habet heredem, per poſterius *imperfectum*, in quo hères legitimus ſcriptus eſt, infirmari, et hoc non quaſi teſtamentum, ſed *quaſi voluntatem vltimam inteſtati* valere conſtituit, in qua quinque teſtium depoſitiones ſufficiunt. Valere itaque voluit *inſtar codicilli ab inteſtato;* quid enim *voluntas vltima inteſtati* aliud eſt quam *codicillus ab inteſtato*?

Digitized by Google

nes de his verbis ſententia. Non quidem adoptanda eſt eorum opinio, quia ea expedire contendunt, facta inter *ſollemnitatem ordinationis* et inter *ſollemnitatem probationis* diſtinctione, haec enim vix iuſtam rationem habet; multoque minus cum DVNIO [n]) dicendum eſt, Tribonianum oſcitanter ea verba Inſtitutionibus inſeruiſſe, cuiusmodi iudicium non niſi temerarium eſt. Conſtat huic loco iuſtus ſenſus, ſi eum adſtrinxeris ad id *genus codicillorum*, in quo veriſſimum eſt, ordinationis ſollemnitatem non deſiderari. Id conuenit menti TRIBONIANI, qui diſcrimina teſtamentorum et codicillorum recenſens etiam hoc diſcrimen addit a defectu ſollemnitatis, non quaſi omnes codicilli minus ſollemnes ſint, ſed quod ſint codicilli, in quibus hoc diſcrimen adparet, codicilli videlicet *teſtamento confirmati*. Id ſubinde contingit in recenſendis negotiorum diſcriminibus, referri etiam diſcrimen *vnius ſpeciei* proprium.

XVI. Negare non poteſt DVNIVS *l. c. c. II.* 4. Tribonianum doctrinam de vi confirmationis codicillorum in *Pandectarum* collectione reliquiſſe: ſed Pandectarum libros veteri doctrina ſcatere vrget, quam nullo pacto ad ius nouum pertrahere liceat. Exiſtimat porro, facta *legatorum* et *fideicommiſſorum* exaequatione, omne diſcrimen inter codicillos *confirmatos* et *non confirmatos* intercidiſſe, et ab vſu receſſiſſe, quidquid iuris peculiare veteres in confirmatis conſtituerunt. Addit, aliud eſſe, *relicta in codicillis* ex teſtamento valere, et aliud eſſe, *ſollemnem* haberi eam voluntatem, quae talis reuera non eſt. Quod veteres admiſerint relicta in codicillis, veluti relicta eſſent in teſtamento, id fictione iuris introductum eſſe legatorum cauſa, quae admitti non poterant, niſi ex teſtamento. Etiamſi vero relicta in codicillis ex teſtamento valere dicantur: nullo pacto tamen ſollemnem haberi poſſe eam voluntatem, quae rite facta non eſt, et quae tamen ex conſtitutione THEODOSII debebat eſſe ſollemnis, nec ſollemnia vnius iudicii ad alterum perduci potuiſſe.

XVII.

n) *l. c. cap. II.* §. 2. *n.* 7.

Digitized by Google

XVII. Sed I. non minus obſeruandum eſt, iura in Digeſtis propoſita omni vi pollere, quouſque iure nouo correcta et abrogata non eſſe adparet; in hoc vero argumento de mente conſtitutionis generalis quaeri, vtrum produci poſſit ad ſpeciem vltimae voluntatis, *iure ſpeciali* definitam, id quod a regulis iuſtae interpretationis alienum eſt. II. Fallit DVNIVS, dum exaequatis legatis et fideicommiſſis omne diſcrimen codicillorum confirmatorum et non confirmatorum ſublatum eſſe opinatur. Id enim tantum intuitu *legatorum* contigiſſe ſupra (§. XI.) obſeruatum eſt. Nec id quidquam facit ad conſtitutionem Theodoſianam; nam et poſt THEODOSIVM certe ſtetit diſcrimen inter legata et fideicommiſſa vsque ad IVSTINIANI aetatem. III. *Vis confirmationis* codicillorum in teſtamento, *ipſa lege decernente*, eo pertinet, vt pro *parte teſtamenti*, et relicta in illis *pro relictis in teſtamento* habeantur, in eoque continetur *ſpecialis ratio* validitatis eorum, eaque ſufficiens legeque agnita. Eosdem ergo *validos* eſſe ſatis eſt, licet *non ſollennes:* nec eosdem ex fictitia ſollennitate, a teſtamento ad illos translata, explicare opus eſt, cum valeant tamquam pars teſtamenti, obſeruationemque et legem iuris inde traditam ſeruant, vt SCAEVOLA ait. Gratis ſumitur, eosdem conſtitutione Theodoſiana contineri, cum haec referri non poſſit ad vltimas voluntates, quibus ſua conſtat ratio ex iure ſpeciali.

XVIII. Ac de his quidem, quae ad cauſam codicillorum in litem vocatam pertinent, ſatis dictum eſſe videtur. Quod reliquum eſt in concinnando hoc nouo exercitationum volumine ſecutus ſum, quam olim dedi inſtituti rationem, praemiſſis et ſuccincte expoſitis ſingularum exercitationum argumentis, quibus quod in ſingulis tractaretur, primo velut obtutu appareret. Argumenta ſingularum recenſere lubens ſuperſedeo, cum in vnum locum coacta in fronte voluminis exhibeantur. Succedet mox vltimum volumen, cui doctrinarum omnium, in ſingulis exercitationibus propoſitarum, vniverſalem indicem ſubiungere, commodum eſſe videtur. Tu interim his fruere, LECTOR BENEVOLE, meisque conatibus faue. Scripſi in Academia Georgia Auguſta Idib. Octobr. CIƆIƆCCLXII.

Digitized by Google

INDEX EXERCITATIONVM.

EXERCITATIO LXXVI. AD LIB. XXVIII. PAND. TIT. I.

DE SVCCESSIONE IN BONA CLERICORVM SINGVLARI,

RESPONDENTE
IOANNE GOTTLIEB KYBER, Altenburg.
habita an. CIϽIϽCCXVI.

CAP. I.

DE SVCCESSIONE IN BONA CLERICORVM TESTATA.

§. I. II. Status diuerſus clericorum et laicorum. III. Clerici qui? IV. Teſtamenti factio eis primum ex priuato inſtituto Auguſtini in dubium vocata. V. Deinde de bonis profectitiis negata eſt. VI. Finis huius praecepti. VII. Iure Iuſtinianeo epiſcopis tantum negatur teſtamenti factio de bonis, intuitu eccleſiae acquiſitis, VIII. non ceteris clericis. IX. Idem iuri antiquo eccleſiaſtico conueniens. X. Id tantum cautum, ne bona eccleſiaſtica a clericis eorumue heredibus interuerterentur. XI. Eadem lex deinde inprimis ſec. XII. ad omnes clericos producta. XII. His tamen teſtamenti factio de reditibus rurſus iure conſuetudinis relicta eſt, XIII. quae non improbanda. XIV. Epiſcopis datur ex indulto papali. XV. Clerici proteſtantes eadem libere fruuntur. XVI. Canonicis Regularibus ſpeciatim negatur, XVII. nec non monachis, XVIII. niſi ante profeſſionem teſtoatur. XIX. A quo tempore eiusmodi teſtamentum vim capiat? XX. Teſtamentum non rumpitur per ingreſſum in monaſterium. XXI. Ordinum militarium ſodales non habent teſtamenti factionem, XXII. niſi ante profeſſionem, vel ex indulto. XXIII. An inter proteſtantes? XXIV. In Hiſpania eisdem ſecundum quid relicta. XXV. Vtrum clericus filius familias habeat teſtamenti factionem? XXVI. Competit tantum in bonis per officium ſacrum quaeſitis. XXVII. De forma teſtamentorum. Priuilegium militaris teſtamenti clericis non competit, XXVIII. nec clericis caſtrenſibus, niſi in hoſtico conſtitutis. XXIX. An coram parocho et duobus teſtibus recte teſtentur? XXX. Epiſcopi ex indulto Papali minus ſollenniter teſtandi poteſtatem accipiunt, XXXI. obſeruatis tamen eis,

d 2 quae

Digitized by Google

quaead voluntatis certitudinem deſiderantur. XXXII. An Epiſcopi de bonis clericorum ab inteſtato decedentium iure teſtentur? XXXIII. Clerici filii familias etiam parentes et liberos in legitima heredes inſtituere tenentur, XXXIV. etiam teſtamento ad pias cauſas. XXXV. Eadem obtinent circa Novitios teſtantes. XXXVI. An conditio, ſi ſine liberis deceſſerit, pro defecta habeatur, ſi heres clericus vel monachus factus?

CAP. II.

DE SVCCESSIONE IN BONA CLERICORVM INTESTATA.

§. I. II. Succeſſio ab inteſtato olim admiſſa in bonis clericorum. III. Cautio in bonis eccleſiae ab hereditariis bonis epiſcopi ſeparandis. IV. Monitum epiſcopis datum, de bonis eccleſiae relinquendis. V. Abuſus in neganda ſucceſſione in bonis clericorum. VI. VII. Origines iuris ſpolii. VIII. Exercitum eſt a Principibus, Pontifice et Epiſcopis. IX. Eius rationes. X. Negatum epiſcopis in bonis clericorum inteſtatorum, ſed conſuetudine defenſum. XI. Non obtinet niſi in ſucceſſione ab inteſtato. Paſſim ſublatum eſt. XII. Vtrum clericis coniugatis ſuccedant liberi? XIII. In eorum hereditate non eſt Hergewetta. XIV. De ſucceſſione canonicorum in gerada. XV. XVI. Succeſſio in bona clericorum ex quonam iure ſit aeſtimanda, ſtatutario an prouinciali? XVII. Clerico, ſine heredibus decedenti, ſuccedit eccleſia, cui deſeruiit. XVIII. Nouitiis ſuccedunt heredes ab inteſtato. XIX. Monachi bona, deficiente diſpoſitione, acquirit monaſterium, XX. dummodo acquiſitionis capax eſt, et ſalua tamen liberis legitima.

EXERCITATIO LXXVII. AD LIB. XXVIII. PAND. TIT. I.

DE

PRVDENTIA LEGISLATORIA IVRIS LVBECENSIS IN MATERIA DE SVCCESSIONE TESTAMENTARIA, p. 72.

RESPONDENTE

ZACHARIA ERNESTO GROHT, Holſato,

habita an. CIƆIƆCCVIII.

Digitized by Google

CAP. I.

DE PRVDENTIA LEGISLATORIA IN GENERE.

§. I. Inſtituti ratio. II. Diuiſio legis. III. Ciuiſis quid? IV - VIII. Libertas naturalis iure ciuili ex ſalute publica reſtringi poteſt. IX. Prudentia legiſlatoria circa ſtatuta, vt ſint ſufficientia, X. XI. XII. nec multitudine laborent, XIII. in lingua vernacula promulgentur, XIV. et inuicem bene cohaereant. XV. An opus ſit iure ſubſidiario? XVI. De ſtatuto ſufficienti, XVII. Quale ſit ius ſubſidiarium? XVIII. Ius Romanum ex receptione in ſubſidium obligat. XIX. De opinionibus Doctorum. XX De emendandis moribus.

CAP. II.

DE PRVDENTIA LEGISLATORIA LVBECENSIVM IN MATERIA DE SVCCESSIONE TESTAMENTARIA.

§. I. Origo Lubecae, II. et iuris Lubecenſis. III. Qui teſtentur iure Lubecenſi? IV. An feminae? V. Differentia bonorum acquiſitorum et hereditariorum. VI. Quatenus de illis competat teſtandi facultas? VII. Proximi heredes inſtituendi. VIII. De teſtamento nuncupatiuo, IX. et de ſcripto. X. De eius productione. XI. Quae inualida ſint teſtamenta? XII. Prudentia legislatoria in hoc argumento.

EXERCITATIO LXXVIII. AD LIB. XXIX. PAND. TIT. VI.

DE

CODICILLIS ABSQVE TESTIBVS VALIDIS,

RESPONDENTE

GEORGIO FRIDERICO HüLSEMAN, Darmſtad. Haſſo,

habita an. CIↃIↃCCVII.

CAP. I.

DE CODICILLIS AD TESTAMENTVM FACTIS SINE TESTIBVS VALIDIS. p. 107

§. I. Impedimenta cultioris iurisprudentiae. II. Inſtituti ratio. III. Codicillorum ſignificatus grammaticus, IV. et iuridicus. V. Ratione originis formam habuerunt epiſtolae ad heredem ſcriptae. VI. Epiſtolae dicuntur. VII. Petr. Mülleri ſententia de diſcrimine codicilli et epiſtolae fidei-

commiſſariae examinatur. VIII. Card. Manticae ſententia de eodem argumento. IX. Codicilli olim ad heredem ſcripti. X. Vt plurimum ſub forma epiſtolae. XI. Cur hereditas fideicommiſſaria codicillis relinqui potuerit? XII. Diſcrimen ab aliis literis teſtatoris ad heredem. XIII. Ad legatarios aeque ſcribi coeperunt. XIV. De codicillis teſtamento confirmatis. XV-XVII. Vtilitas huius confirmationis. XVIII. Dubium exponitur. XIX-XXIII. In codicillis olim ſollennitas teſtium non deſiderata. XXIV. Inducta primum ſub Conſtantino in codicillis ab inteſtato, XXV. non vero ſub Diocletiano. Explicatur L. 22. C. de fideic. XXVI. nec ſub Theodoſio. XXVII. Sententia iuris Iuſtinianei. XXVIII. XXIX. Vtrum ex ea teſtes requirantur in codicillis teſtamento confirmatis? Varia interpretum ſententia. XXX-XXXII. Negans ſententia ex rationibus iuris et ex vſu fori defenditur. XXXIII. etiam in codicillis teſtamento nuncupatiuo confirmatis. XXXIV. Vtrum poſterius teſtamentum imperfectum virtute clauſulae codicillaris, priori adſcriptae, ſuſtineatur? XXXV. An in codicillis coeci teſtes requirantur?

CAP. II.
DE CODICILLIS AB INTESTATO SINE TESTIBVS VALIDIS.

§. I. Codicilli ab inteſtato ex ſpeciali ratione absque teſtibus valent, II. ex conſtitutione Iuſtiniani in L. vlt. C. de fid. hered. III. IV. quae continet codicillos praeſenti heredi iniunctos. V. Eius ratio in fide electa heredis praeſentis. VI. Vtrum verba ad heredem dirigenda ſunt? VII. Valent absque teſtibus. Etiam his interuenientibus iuramento heredis opus eſt. VIII. Absque teſtibus valent codicilli principi oblati, IX. vel iudici, X. militari iure condit. XI. Vtrum in caſtris conditi teſtes deſiderent? XII. De codicillis a pagano in hoſtico confectis. XIII. De codicillis tempore peſtis conditis, XIV. et a parentibus inter liberos, XV. et in fauorem piae cauſae confectis.

EXERCITATIO LXXIX. AD LIB. XXX. PAND.

DE

DIFFERENTIA LEGATORVM PVRORVM ET NON PVRORVM, PRAECIPVE INTVITV QVARTAE LEGIS FALCIDIAE,

RESPONDENTE

IACOBO BECK, Iſna Sueuo,

habita an. CIƆIƆCCXLVII.

§. I.

§. I. Legatorum definitio et indoles. II. Diuiſio in pura et non pura. III. Morte teſtatoris confirmanda ſunt. IV. Inde pendet eorum acquiſitio, V. et transmiſſio in heredes. VI. Tempus acquiſitionis varium, 1) iure antiquo legatum cedit a morte teſtatoris: VII. inprimis in legato per vindicationem, VIII. et XI. 2) poſt legem Papiam cedit ex apertis tabulis vel ab adita hereditate. IX. Idque adhuc tempore Pauli et Vlpiani. X. Inde legata caduca. XII. Aueranii ſententia excutitur. XIII. 3) Iure Iuſtinianeo ius antiquum reductum. XIV. Ius accreſcendi in legatis. XV. Conditionata cedunt a tempore exiſtentis conditionis. XVI. Ius antiquum circa legata caduca iure nouo ſublatum. XVII. Legati puri dies cedit a morte teſtatoris. XVIII. De fructibus et vſuris legati puri. XIX. Quando dies legati annui cedat? XX. De fructibus legati in diem relicti. XXI. De fructibus legati conditionati. XXII. De petitione legati puri et non puri. XXIII. Legis Falcidiae ratio in legatis. XXIV. Eius fauor heredes reſpicit. XXV. In computatione quartae Falcidiae hereditas ex tempore mortis aeſtimanda eſt. XXVI. Pretium rerum ex veritate aeſtimandum eſt. XXVII. Legata, futura etiam et incerta, aeſtimanda. XXVIII. Aes alienum antea deducendum. XXIX. In Quartam imputantur, quae heres iure hereditario percipit. XXX. Fructus quartae ex die mortis debentur heredi. XXXI-XXXIII. Quomodo quarta a legatis in diem detrahatur? XXXIV. Ex legatis conditionatis fructus percepti in quartam imputantur. XXXV. Species ex L. 88. §. 3. ad Leg. Falcid. proponitur. XXXVI. Computatio quartae quomodo iudicialiter incunda? XXXVII. Cui noceat interitus rei ſub conditione vel in diem legatae? XXXVIII. Deſiderium de quarta Falcidia abolenda.

EXERCITATIO LXXX, AD LIB. XXX. PAND.

DE PRIVILEGIIS LEGATORVM PIORVM GENVINIS ET SPVRIIS, p. 207.

RESPONDENTE

CAROLO FRIDERICO HOPFFENSTOCK, Stutgard.

habita an. CIƆIƆCCXVI.

CAP. I.
DE PRIVILEGIIS LEGATORVM PIORVM GENVINIS.

§. I. Argumenti ratio. II. Pia cauſa quid? III. Eius exempla. Eccleſiae. IV. Hoſpitalia, lytra captiuorum. V. Legatum pro anima et libertatis.

tis. VI. Stipendia, Scholae, Academiae. VII. In vtilitatem publicam relicta. VIII. Fons priuilegiorum cauſae piae. IX. De teſtamento ad pias cauſas. X. Opinio eorum, qui duos teſtes in eo deſiderant. XI. XII. Huius confutatio. XIII. De legatis ad pias cauſas ex teſtamento imperfecto, XIV. et ex teſtamento parentum inter liberos. XV. De teſtamento filii fam. ad pias cauſas. XVI. Legata ad pias cauſas non ſubiecta ſunt Legi Falcidiae. XVII. Exceptiones ab hac regula. XVIII. Vtrum Trebellianica detrahatur a fideicommiſſis ad pias cauſas? XIX. Sententia affirmatiua defenſa. XX. Poena dupli ob moram in ſoluendis legatis ad pias cauſas. XXI. Epiſcopi horum executores. XXII. Officium magiſtratus in iis conſeruandis. XXIII. De mora heredum in iis non ſoluendis. XXIV. De legatis piis annuis perpetuis. XXV. XXVI. De fauore interpretationis legatorum piorum. XXVII. De legato incerto ad pias cauſas.

CAP. II.
DE PRIVILEGIIS LEGATORVM PIORVM SPVRIIS.

§. I. Spuria priuilegia quid? II. An legata ad pias cauſas debeantur ex teſtamento nullo vel deſtituto? III. An legatum pium, a ſubſtituto relictum, heres inſtitutus praeſtare teneatur? IV. An debeatur ante confectum inuentarium? V. An in eo id, quod maius eſt, debeatur? VI. An liberi abſtinentes id praeſtare teneantur? VII. An ex duobus teſtamentis id poſterius ſit, in quo legatum pium relictum? VIII. An legatum pium ab herede relictum debeatur a ſubſtituto? IX. De ademtione legati pii. X. Legatarius illud propria auctoritate occupare nequit. XI. De cautione Mutiana in legatis piis praeſtanda. XII. Legata pia ex certo fundo relicta gaudent hypotheca tacita. XIII. De legatis piis in arbitrium tertii collatis. XIV. An parte legata ex re communi pia cauſa ſocium cogere poſſit ad vendendum? XV. An ex rebus alienari prohibitis ad piam cauſam legari poſſit? XVI. An interitu piae cauſae legatum prorſus concidat? XVII. Legitima grauari nequit legato ad pias cauſas.

EXER-

EXERCITATIO LXXXI. AD LIB. XXXVII.

DE

CONFERENDIS BONIS SECVNDVM IVS SAXONICVM ELECTORALE,

.789.9 p. 263.

RESPONDENTE

GODOFREDO AVGVSTO HOFFMANNO, Leiſsniga Miſnico, habita an. CIↃIↃCCXXXIV.

PROOEMIVM.
DE COLLATIONE IN GENERE.

§. I. Principia doctrinae de conferendis bonis. II. Quinam iure Rom. et Sax. conferant. III. Collatio in genere quid? IV. V. Collatio in ſpecie. Imputatio. VI. Vtriusque diſcrimen. VII. Regulae de collatione.

CAP. I.
DE COLLATIONE STRICTE SIC DICTA.

§. VIII. Vidua ad collationem tenetur ex iure Saxonico Electorali marito ſuccedens. IX. Non vero in ſucceſſione pactitia. X. Nec in ſucceſſione ex ſtatuto locali. XI. Ius optionis et retentionis viduae. XII. Eius obligatio ad inuentarium patrimonii heredibus exhibendum. XIII. Liberi viciſſim matri conferre tenentur, et quaenam? XIV. Etiam poſtumi. XV. Modus computandi legitimam et portionem ſtatutariam. XVI. Quatenus certa bona a collatione eximi vel haec prohiberi poſſit?

CAP. II.
DE IMPVTATIONE.

§. XVII. In legitimam liberorum imputantur bona omnia a parentibus profecta. XVIII. XIX. Quatenus gerada legitimae imputetur. XX. Imputatio tacita. XXI. Neptis dotem maternam, ad ſe haud deuolutam, imputare non tenetur. XXII. XXIII. Caſus ſpecialis, quo gerada legitimae imputatur. XXIV. Modus computandi legitimam. XXV. Matris ius diſponendi, de gerada legitimae imputanda. XXVI. Imputatio in aſcendentium ſucceſſione.

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXII. AD LIB. XLI. PAND. TIT. I.

DE

FIGMENTO TRANSLATI IPSO IVRE DOMINI EX PROMISSIS PRINCIPVM. p. 284.

RESPONDENTE

GEORGIO ARNOLDO RICHERTZ, Boitz. Megapolit.

habita an. CIƆIƆCCXXXII.

CAP. I.
DE VARIA IN HOC ARGVMENTO INTERPRETVM SENTENTIA.

§. I. De fide a principe data ſancte ſeruandâ, ſententiae doctorum, II. reſtricta a nonnullis in caſu fidei hereticis datae. III. IV. Iudicium de Myleri ab Ehrenbach Nomologia et Hyparchologia. V. Sententiae doctorum de promiſſis principum, VI. et de donationibus. VII. Argumenti ratio et vtilitas etiam in doctrina expectatiuarum. VIII. Re duobus ex contractu promiſſa, is praefertur, cui priori res tradita eſt. IX. Contrarium multi ſentiunt in promiſſis principum gratioſis. X. Idque propter c. 17. de praeb. in 6. XI. Opinio DD. circa promiſſionem feudi. XII. Alii idem generatim ſentiunt in omnibus contractibus principum. XIII. XIV. Rationes huius ſententiae. XV. Iudicium de illis. XVI. Explicatur L. 19. C. de SS. Eccleſiis et L. 34. C. de donat. XVII. Grotii aliorumque opiniones de ſententia iuris nat. ſola voluntate dominium transferri. XVIII. Idem alii ex abſoluta principis voluntate exiſtimant.

CAP. II.
DE VERIORI SENTENTIA CIRCA HOC ARGVMENTVM.

§. I. Breuis recenſus opinionum DD. in hoc argumento. II. Diſcrimen inter promiſſionem et inter declarationem voluntatis de iure in re actu transferendo. Haec I. N. ſufficit. III. Idem iuri Rom. in nonnullis caſibus probatur. IV. Interpretum iuris Nat. ſententia expenditur. V. Sola expectatiua dominium vtile euentuale non transfertur; VI. niſi aliud ſit conuentum. Explicantur variae formulae. VII. Examen ſententiae Fachinaei. VIII. Trans-

Digitized by Google

Translatio dominii in promiſſis principum ex plenitudine poteſtatis non pendet. IX. Nec attendendum diſcrimen inter contractus principum et conceſſiones gratioſas. X. Argumentum ex c. 17. de praeb. in 6. expenditur. XI. De promiſſis epiſcoporum. XII. Aſſenſus interpretum. XIII. Argumentum ex L. 19. C. de don. XIV. et ex L. 5. C. de locat. praed. exploſum, XV. nec non argumentum a communi opinione. XVI. An expectatiuae conceſſio renouari poſſit?

EXERCITATIO LXXXIII. AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CONTRA LEGES MAXIME PROHIBITIVAS, p. 327.

RESPONDENTE

FRIDERICO BENIAMIN. BACKMEISTER, Stuttgardia Wurtenbergenſi,

habita an. CIƆIƆCCXL.

§. I. Vis legum in ciuitate. II. Prohibent vel ſub poena, vel ſub lege nullitatis; III. vel in fauorem agentis vel abſolute. IV. Vis legis abſolute prohibentis. V. Tollitur deſuetudine. VI. Argumenti ratio. VII. Vſucapionis et praeſcriptionis differentia. VIII. Praeſcriptio longiſſimi temporis. IX. Immemorialis praeſcriptio proprie non eſt praeſcriptio. X. Vis poſſeſſionis immemorialis. XI. Diſcrimen inter praeſcriptionem et conſuetudinem. XII. Admittitur praeſcriptio aduerſus leges in fauorem priuatorum prohibentes. XIII. Iura imperii ei non obnoxia. Exemplum collectarum. XIV. Non admittitur aduerſus leges prohibentes et politiam concernentes. XV. Quaenam ſecundum ius Can. praeſcriptioni non ſint obnoxia? XVI. Excluſa praeſcriptione, locus eſt praeſcriptioni immemoriali. XVII. Haec praeſumtionem iuris olim legitime acquiſiti etiam contra legem prohibitiuam continet. XVIII. An in ea de interruptione quaeri poſſit?

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXIV. AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

CVRSV PRAESCRIPTIONIS CONTRA MINORES SVSPENSO, p. 373

RESPONDENTE

GEORGIO SALOMONE KRüGER, Romhilda Franco,

habita an. cIↃIↃCCXIX.

§. I. Iudicium de opinionibus communibus. II. Hiſtoria vſucapionis, III et praeſcriptionis. IV. Quatenus contra minores currat. V. Praeſcriptionum ſpecies. VI. Argumentum concernit curſum praeſcriptionis temporalis aduerſus minores. VII. Sententiae variae interpretum. VIII. Affirmantium argumenta. X. Eorum examen. IX. et XI. Minoribus iure nouo non currit longi temporis praeſcriptio; XII. ideuque nec vſucapio in hanc transformata. XIII. De conuentionali praeſcriptione ſententia Doctorum. XIV. Iure antiquo minoribus currit, ſalua reſtitutione in integrum. XV. Iure nouo iis non currit. XVI. Teſtamentaria praeſcriptio minoribus non currit; XVII. nec ſtatutaria et conſuetudinaria. XVIII. Principia generalia in hac doctrina. XIX. Tempus bonorum poſſeſſionis iure nouo non currit contra minores, XX. nec quinquennium querelae inofficioſi teſt. XXI. nec biennium exceptionis N. N. P. XXII. nec praetoriae praeſcriptiones. XXIII. Praeſcriptio currere incipit ab adepta maiori aetate. XXIV. Praeſcriptiones iudiciales contra minores currunt ſalua reſtitutione. XXV. Vtrum annus petendae renouationis inueſtiturae aduerſus minores currat? XXVI. Nec venia aetatis impetrata contra minores currit praeſcriptio. XXVII. De curſu praeſcriptionis aduerſus eccleſiam, ſalua reſtitutione. XXVIII. Quid interſit, vtrum minor ſit ipſo iure tutus, an ope reſtitutionis? XXIX. Longiſſimi temporis praeſcriptio aduerſus minores incipit et perficitur.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXV. AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE ANNVORVM REDITVVM REALIVM, p. 416

RESPONDENTE

IO. GABRIEL HAACKE, Nordling.

habita an. CIƆIƆCCXI.

§. I. Argumenti ratio. II. Annuus reditus quid? III. Eſt vel realis vel perſonalis. IV. Realis iuri Rom. incognitus. V. Origo ex iure Can. VI. De praeſcriptione immunitatis ab annuis reditibus ſtatus controuerſiae. VII. Recenſus doctorum eandem negantium, VIII. et affirmantium, cum quibus conſpirat Ius Saxonicum, Colonienſe, Boruſſicum, Marchicum. IX. Recenſus argumentorum ſententiae negatiuae. X. Affirmatiua defenſa, 1) vi praeſcriptionis ad omnia iura pertinentis, XI. 2) ex natura actionis realis, pro annuis reditibus competentis, XII. 3) quod L. 7. C. de praeſcript. ad annuos reditus non pertineat. XIII. 4) Exemplo ſeruitutum alternis annis conſtitutarum, XIV. 5) quod annui reditus conuentione conſtituantur, XV. 6) quod immunitas ab aliis praeſtationibus praeſcriptione acquiratur. XVI. Reſponſio ad rationes dubitandi. Explicatur L. 7. C. de praeſcript. 30. annor. XVII. Annui reditus nec ſub conditione nec in diem debentur. Eorum diſcrimen ab annuis legatis. XVIII. XIX. Reſponſio ad reliqua argumenta. XX. Tempus praeſcriptionis annuorum redituum. XXI. et XXII. Ius Magdeburgicum de hoc argumento explicatur. XXIII. Praeſcriptione aduerſus annuos reditus iure particulari negata, admittenda tamen eſt immemorialis. XXIV. Haec vim tituli et probationis habet. XXV. Quod ex iure Magdeburgico illuſtratur. XXVI. Dubia aduerſus illam excuſſa. XXVII. An interpellatio extraiudicialis praeſcriptionem tollat? XXVIII. An quantitas annuorum redituum praeſcriptione mutari poſſit?

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXVI. AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CIRCA DECIMAS ECCLESIASTICAS ET SECVLARES,

RESPONDENTE

IOANNE PETRO RVPPEL, Moeno Francofurt.

habita an. CIƆIƆCCXX.

§. I. II. Scriptores de origine decimarum. III. De decimis ante legem. IV. Inſtar tributi Regibus ſolutae. V. Ad ſtatum forenſem reip. Iudaicae pertinent. VI. Qua ratione inter Chriſtianos inualuerint. VII. Sententia Humb. Prideaux de earum origine diuina confutata. VIII. Patrum ſententia. IX-XII. Conciliorum de eis ſanctiones. XIII. In regnis ad chriſtianiſmum redactis exactae. XIV. Laicis quomodo obuenerint. Diſcrimen inter eccleſiaſticas et ſeculares. XV. Ab illis acquiſitae ex liberiori Regum Franc. diſpoſitione, XVI. ex praelatorum conceſſione, XVII. ex reſeruatione in exſtructis capellis facta, XVIII. nonnumquam artibus potentiorum. XIX. Inde frequentes infeudationes decimarum. XX. Sententia concilii Lateranenſis III. de iis reuocandis. XXI. Huius fundamentum. XXII. Rationes pro decimis Laicorum. XXIII. Decimae eccleſiaſticae iure bonorum eccleſiaſticorum cenſendae. XXIV. Rationes negatae praeſcriptionis decimarum contra eccleſiam. XXV. Immemorialis admiſſa. XXVI. Inter diuerſae religionis conſortes ex die decretorio aeſtimantur. XXVII. Eccleſia contra alteram quomodo easdem praeſcribat? XXVIII. et laicus contra laicum? XXIX. De praeſcriptione extinctiua 1) decimarum ſecularium, XXX. 2) eccleſiaſticarum, XXXI. XXXII. tam inter Catholicos, XXXIII. quam inter Proteſtantes. XXXIV. An bona fides in praeſcriptione extinctiua deſideretur, XXXV. praeſertim ratione decimarum? Sententia affirmantium. XXXVI. Negatiua defenditur. XXXVII. Vtrum exactio decimarum earumque denegatio deſideretur?

EXERCITATIO LXXXVII. AD LIB. XLII. PAND. TIT. I.

DE

SENTENTIIS IN REM IVDICATAM NON TRANSEVNTIBVS,

RESPONDENTE

GEORGIO WILHELMO SCHRöDER, Bielefelda Weſtphalo,

habita an. CIƆIƆCCXIII.

§. I.

§. I. II. Ratio et vis auctoritatis rei iudicatae. III. Eius effectus. IV. Exceptio de ſententiis in rem iudicatam non transeuntibus. V. Quales ſunt interlocutoriae. VI. VII. Interlocutionum et ſententiarum diſcrimen. VIII. Ab illis nulla appellatio. IX. An interlocutiones vim definitiuae habentes, in rem iudicatam abeant? X. Sententia iuris Theodoſiani, XI. et Iuſtinianei. XII. XIII. XIV. Iuris Canonici diſpoſitio. XV. Vſus fori. Decreta ſimplicia non transeunt in rem iudicatam, XVI. bene tamen decreta cauſa cognita lata. XVII. An ſententiae merae, quae a mixta pendent? XVIII. Non rationes decidendi, XIX. nec ſententiae prouiſionales, XX. nec ſententiae interlocutoriae arbitri, XXI. de vi laudi arbitrorum. XXII. Diſpoſitio Iuſtiniani. XXIII. XXIV. An interlocutoriae mixtae arbitri vim iudicati habeant. XXV. Eam non habent deciſiones Superintendentium. XXVI. Nec decreta collegiorum opificum. XXVII. XXVIII. Habent omnino ſententiae, ex conſilio ICt. promulgatae, XXIX. non [illegible]cia artificum. XXX. Ex eorum iudicio lata ſententia in iudicatum abit. XXXI. Non transeunt in iudicatum ſententiae nullae, XXXII. contra rem iudicatam latae. XXXIII. An ſententia ex iuramento neceſſario lata? XXXIV. Nec ſententia ex falſa cauſa lata. XXXV. An mere abſolutoriae? XXXVI. An ſententia in rem iudicatam tranſeat in re beneficiali? XXXVII. pro matrimonio lata? XXXVIII. vel contra matrimonium lata? XXXIX. an contra ſponſalia lata? XL. an in criminalibus?

EXERCITATIO LXXXVIII. AD LIB. XLII. PAND. TIT. V.

DE

CONCVRSV EXTRA CONCVRSVM,

RESPONDENTE

FRIDERICO REINHARDO HOFMANN. Moeno Francofurt.

habita an. CIƆIƆCCXLIV.

§. I. Concurſus actionum, iurium, perſonarum quid? II. Natura concurſus creditorum. III. De concurſu plurium litigantium extra illum, IV. qui vel mediante interuentione tertii, vel citra eum oritur. V. Interuentio quid? Huius fundamentum. VI. Eſt vel principalis vel acceſſoria. VII. De concurſu plurium actorum ex iure proprio eandem rem petentium. VIII. In hoc concurſu regulariter opus non eſt citatione edictali. IX. De concurſu ſpon-

ſponſaliorum et matrimoniorum, X. expectatiuarum, XI. plurium heredum, XII. legatariorum, XIII. plurium creditorum in executione, XIV. plurium actorum in rei eiusdem vindicatione, XV. poſſeſſione, XVI. ſeruitutibus, XVII. depoſito, XVIII. in contractibus in genere, XIX. in actione Publiciana. XX. De concurſu in ſubhaſtatione, XXI. circa iuramenta, XXII. circa hereditatis diuiſionem, XXIII. circa electionem, XXIV. circa plura fora, XXV. circa praecedentiam ſtatuum imp. XXVI. circa feuda, ſi plures concurrunt domini, XXVII. vel plures vaſalli et ſimultanee inueſtiti.

EXERCITATIO LXXXIX. AD LIB. XLII. PAND. TIT. V.

DE

PACTO REMISSORIO, p. 603.

RESPONDENTE

IO. FRIDERICO SCHNEIDEWEINO, Francolebienſi Miſnico,

habita an. CIƆIƆCCXXXV.

§. I. II. Concurſus creditorum. III. Modus procedendi in eodem. IV. Pactum remiſſorium, etiam a maiori parte creditorum initum, reliquos obligat. V. Quo caſu hoc aequum? VI. Ratio huius pacti inprimis ex iure mercatorio Lipſienſi. VII. Eius requiſita, vt minor pars creditorum ex eo teneatur. VIII. Supponit, debitorem dolo haud factum eſſe non-ſoluendo. IX. Inter quos creditores efficaciter ineatur? X. De parte debiti remiſſa eiusque computatione. XI. Maior creditorum pars quomodo aeſtimanda? XII. Pactum remiſſorium iudicialiter ineundum. XIII. Prodeſt cuilibet debitori eiusque heredibus. XIV. Caſus ſpeciales, quibus creditores non conſentientes ex eo non tenentur. XV. Non tenentur, niſi eodem rite inito. XVI-XVIII. Lata ſententia prioritatis, a maiori parte creditorum iniri nequit, XIX. XX. bene tamen omnium creditorum conſenſu. XXI-XXIV. nec maior pars minori praeiudicat. XXV. Quo tempore moto concurſu vtiliter ineatur?

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO XC. AD LIB. XLIII. PAND. TIT. I. ET XVII.

DE

VERO VSV REMEDII POSSESSORII ORDINARII ET SVMMARII,

RESPONDENTE

IOANNE SEBASTIANO OCHS, Moeno Francofurtenſi,

habita an. CIƆIƆCCXX.

CAP. I.

DE NATVRA ATQVE INDOLE IVDICIORVM POSSESSORIORVM IN GENERE.

§. I. Commoda poſſeſſorii iudicii. II. Interdictorum ratio. III. et diuiſio. IV. Eorum forum. V. Probatio ſemiplena non ſufficit. VI. A poſſeſſione enim multa iura pendent. VII. Ordinaria probatio non deſideratur. VIII. IX. De appellatione in poſſeſſorio. X. De cumulatione petitorii et poſſeſſorii.

CAP. II.

DE POSSESSORIO ORDINARIO.

§. I. Origo poſſeſſorii ordinarii. II. Diſcrimen a ſummario. III. Interdictum retinendae poſſeſſionis duplex. IV. Retinere poſſeſſionem quid? V. Cui competat hoc interdictum? VI. Quid in eo probandum? VII. Quatenus heredi et in heredem detur? VIII. Quaenam exceptiones admittantur? IX. Quae cautio exigatur? X. De ratione ferendi ſententiam.

CAP III.

DE POSSESSORIO SVMMARIISSIMO.

§. I. Diſpoſitio ordinat. camer. circa poſſeſſorium ſummarium. II. Huius origo. III. Eius definitio. IV. Inter immediatos introductum, ad mediatos quoque applicatur. V. In caſu turbatae poſſeſſionis obtinet, VI. praeſertim ob periculum armorum vel in mora. VII. Summarie proceditur per implorationem. VIII. Datur cuilibet poſſeſſori. IX. Decernitur mandatum, ſalua exceptione ſub- et obreptionis. X. Demonſtratio in eo exigitur per teſtes, XI. et Inſtrumenta, XII. De reprobatione. XIII. De ſententia. XIV. De interuentione, XV. Appellatio in eo non admittitur.

Digitized by Google

p. 659 EXERCITATIO XCI. AD LIB. XLIII. PAND. TIT. XVI.

DE

DEPRAVATO EXCEPTIONIS SPOLII STATV,

RESPONDENTE p. 662.

IACOBO GEORGIO WAGNER, Moeno Francofurt.

habita an. CIƆIƆCCXLIV.

§. I. Sanctiones Romanae aduerſus iniuſtam vim. II. Spolii notio iure nouo ad res mobiles et ad quamlibet iniquam priuationem producta. III. Spolium quid? IV. Actio ſpolii. V. Exceptionis ſpolii origo. VI. Ius Rom. ex eo tantum remedia dat recuperandae poſſeſſionis. VII. Exceptio ſpolii recedit a ratione dilatoriarum exceptionum; VIII. et ab ordine iuris, ſi actioni cuicunque in cauſis non connexis opponitur. IX. Vſu fori recepta eſt. X. Incommoda eius in lite. XI. Vtrum tanquam peremtoria opponi poſſit. XII. Abuſus eius ex nimium extenſo ſpolii ſignificatu. XIII. XIV. De eius probatione indeque orta occaſione lites proferendi. XV. XVI. Effectus huius exceptionis. XVII. Exemplum incommodorum eius. XVIII. Iure Sax. tantum poſt L. C. tanquam peremtoria opponi poteſt.

EXERCITATIO XCII. AD LIB. XLIV. PAND. TIT. I.

DE

EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI EIVSQVE VSV IN CAVSIS CRIMINALIBVS, p. 697.

RESPONDENTE

IOANNE GEORGIO BVCHHOLTZ, Berolinenſi,

habita an. CIƆIƆCCXXXIX.

CAP. I.

DE EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI GENERATIM.

§. I. Inſtituti ratio et partitio. II. Praetorii muneris origo. III. Praetorum in iure dicundo poteſtas, IV. et in iure ſtricto emolliendo ſtudium. V. Inde inuentae exceptiones. VI. Quid ſit exceptio? VII. Vbi exceptiones poſtulandae. VIII. Quibus verbis conceptae. IX. Exceptionum diuiſio. X. Quid ſit praeiudicium. XI. Praeiudicialis exceptionis definitio. XII. Axiomata inde deducta. XIII. Praeiudicialis exceptio connexa eſt cum principali cauſa. XIV. A praeiudiciali exceptione dependet totius cauſae principalis diſcuſſio. XV. Exceptio praeiudicialis condemnationem non requirit. XVI. De ea iudicium prius conſtituendum eſt, quam de principali cauſa cognoſcatur. XVII. Cauſa principalis ſuſpenditur, donec praeiudicialis exceptio definiatur. XVIII. Vtrum

Digitized by Google

Vtrum exceptio praeiudicialis dilatoriis, an peremtoriis adnumeranda. XIX. Vtrum ante lit. cont. ſit opponenda et an excipiens litem euentualiter conteſtari teneatur. XX. De actionibus praeiudicialibus. XXI. Raeuardi de iis peculiaris ſententia.

CAP. II.

DE EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI IN CAVSIS CRIMINALIBVS.

§. I. Tranſitio. II. Romanis delicta ſunt duplicis generis, *a*) priuata, *b*) publica. *III.* Publica quamuis a priuatis diuerſa ratione iudicarentur, reo tamen in his iudiciis concedebantur exceptiones. *IV.* Inter has eſt praeiudicialis. *V.* Variis praeiudiciis remoueri poterant accuſatores. VI. Id quod et in Germanorum publicis iudiciis obtinebat. VII. Imitabantur Germani in his iudiciis Romanos. VIII. Introducto inquiſitorio proceſſu, rei ſalua permanſit excipiendi facultas. IX. Regulae de iudiciorum ordine. X. De crimine prius cognoſcendum regulariter quam de ciuili cauſa. XI. Nonnunquam ob exceptionem praeiudicialem prius iudicatur de cauſa ciuili, quam criminali. XII. Id quod exemplis illuſtratur, *a*) in crimine plagii, *b*) ſi de vi publica agitur. XIII. In crimine turbae publicae. XIV. In crimine bigamiae. XV. Crimen per exceptionem praeiudicialem in iudicium deductum praeiudicatur crimine principaliter moto, quod illuſtratur exemplo. XVI. De iudice competente in exceptione praeiudiciali vel criminali et ciuili, XVII. vel criminali et eccleſiaſtica. XVIII. De abuſu exceptionis praeiudicialis.

EXERCITATIO XCIII. AD LIB. XLIV. PAND. TIT. IV.

DE

EXCEPTIONE METVS INIVSTI IN STATV NATVRALI ET CIVILI, p. 162

RESPONDENTE

IOACHIMO DIETERICO EVERS, Wiſmarienſi,

habita an. CIƆIƆCCXX.

CAP. I.

DE INDOLE METVS IVSTI ET INIVSTI IN GENERE.

§. I. II. Spes et metus quid. III. IV. Cautio de legibus et pactis poena muniendis. V. Spei et metus excitatio indifferens, VI. ex fine et iure agentis iuſta vel iniuſta fit. VII. An religio vi promoueri poſſit? VIII. Ius ſpem et metum excitandi quatenus principi, IX. vel patri vel domino competat? X. Quatenus aequali? XI. Huic in ſtatu ciuili negatum. Huius poena. XII. Metus iniuſtus quis? XIII. XIV. An valeant pacta metu extorta? variorum ſententiae.

Digitized by Google

CAP. II.

DE EXCEPTIONE METVS SECVNDVM IVS CIVILE.

§. I. II. Exceptio metus ſecundum ius naturae. III. Origo ex edicto praetorio. IV. V. Metus, et vis quid? VI. Metus iniuſtus quis? VII. non vanus quis? VIII. IX. Ob vanum non datur exceptio. Eius exempla. X. Reſtitutio inde nata, XI. per exceptionem vel actionem petita. XII. A quo impetranda? XIII. Actio inde data. XIV. XV. An in ea quadruplum hodie decerni queat? XVI. De metu purgato.

CAP. III.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI SECVNDVM IVS CANONICVM.

§. I. II. Iuris Can. ſententia. III. Metu geſta ipſo iure nulla, IV. Iuramenta metu extorta iure ciuili nulla, V. iure Can. abſolutione indigent. VI. An ex metu vano inita reſciſſionem admittant? VII. Exempla metus iuſti. VIII. Reuerentialis metus vanus eſt. IX. Poena vim metumque inferentis.

CAP. IV.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI IN STATV NATVRALI.

§. I. II. Status naturalis. III. Quinam in eo ſint? IV. V. VI. Caſus in theſi, in quibus exceptio metus admittitur. VII. Difficultas huius iudicii in applicatione. VIII. Similis difficultas in exemplo vnionis religionum. IX. X. An exceptio metus inter gentes admittatur? XI. De fide ſeruanda hereticis, XII. et rebellibus. XIII. XIV. Exempla reſciſſae fidei ob metum iniuſtum. XV. De fide vſurpatori regni ſeruanda. XVI. De pace principis captiui. XVII-XX. Exemplum Franciſci I. captiui. XXI-XXV. Alia exempla inter Pontifices.

CAP. V.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI SECVNDVM IVS PVBLICVM.

§. I. II. III. Inter diffidationes locus fuit exceptioni metus. IV. Diffidationum ratio. V. Imperatorum conſtitutiones aduerſus illas. VI. Earum fata vlteriora. VII. Exempla Sickingii, VIII. et Grumbachii. IX. In bello iuſto ceſſat haec exceptio. Foedus et bellum Schmalcaldicum. X. Eius iuſtitia. XI. Adverſus pacem religioſam nullus locus exceptioni metus. XII. Temeraria obiectio, quaſi cum hereticis ſit inita. XIII. vel quod aduerſus eam pontificia proteſtatio interpoſita ſit. XIV. Origines belli tricennalis XV. Ius ſtatuum imp. in defenſione iurium. Pax Weſtphalica. XVI. Inanes proteſtationes Pontificis aduerſus eandem. XVII. Eius impugnationes priuatis interdictae.

EXER-

EXERCITATIO LXXVI.

AD LIBR. XXVIII. PAND. TIT. I.

DE

SVCCESSIONE IN BONA CLERICORVM SINGVLARI.

CAP. I.

DE SVCCESSIONE IN BONA CLERICORVM TESTATA.

ARGVMENTVM.

I. II. Status diuerſus clericorum et laicorum. III. Clerici qui? IV. Teſtamenti factio eis primum priuato conſilio Auguſtini in dubium vocata. V. Deinde de bonis profectitiis negata eſt. VI. Finis huius praecepti. VII. Iure Iuſtinianeo epiſcopis tantum negatur teſtamenti factio de bonis intuitu eccleſiis acquiſitae, VIII. non ceteris clericis. IX. Idem iure antiquo eccleſiaſtico conveniens. X. Id tantum cautum, ne bona eccleſiaſtica a clericis eorumue heredibus interuerterentur. XI. Eadem lex deinde inprimis Sec. XII. ad omnes clericos producta. XII. His tamen teſtamenti factio rurſus iure conſuetudinis relicta eſt. XIII. quae non improbanda. XIV. Epiſco-

Epiſcopis datur ex indultu papali. XV. Clerici proteſtantes eadem libere fruuntur. XVI. Canonicis Regularibus ſpeciatim negatur. XVII. nec non monachis. XVIII. niſi ante profeſſionem teſtentur. XIX. A quo tempore eiusmodi teſtamentum vim capiat? XX. Teſtamentum non rumpitur per ingreſſum in monaſterium. XXI. Ordinum militarium ſodales non habent teſtamenti factionem. XXII. niſi ante profeſſionem, vel ex indulto. XXIII. An inter Proteſtantes? XXIV. In Hiſpania eisdem ſecundum quid relicta. XXV. Vtrum clericus filiusfamilias habeat teſtamenti factionem? XXVI. Competit tantum in bonis per officium ſacrum quaeſitis. XXVII. De forma teſtamentorum. Priuilegium militaris teſtamenti clericis non competit. XXVIII. nec clericis caſtrenſibus, niſi in hoſtico conſtitutis. XXIX. An coram parocho et duobus teſtibus recte teſtentur? XXX. Epiſcopi ex indulto papali minus ſolenniter teſtandi poteſtatem accipiunt. XXXI. obſeruatis tamen eis, quae ad voluntatis certitudinem deſiderantur. XXXII. An epiſcopi de bonis clericorum ab inteſtato decedentium iure teſtentur? XXXIII. Clerici filiifamilias etiam parentes et liberos in legitima heredes inſtituere tenentur. XXXIV. etiam in teſtamento ad pias cauſſas. XXXV. Eadem obtinent circa Nouitios teſtantes. XXXVI. An conditio, ſi ſine liberis deceſſerit, pro defecta habeatur, ſi heres clericus vel monachus factus?

§. I.

Laici et clerici iure canonico in diuerſiſſimo ſunt ſtatu.

Duo vulgo habentur genera Chriſtianorum, iuxta HIERONYMVM in *c.* 7. *c.* 12. *q.* 1. quorum alterum mancipatum Deo eſt diuino officio, deditum contemplationi et orationi, et ab omni ſtrepitu temporalium ceſſare debet, vt ſunt *clerici* i. e. *ſorte electi*. *Omnes enim*, pergit, *Deus in ſuos elegit* (quaſi in peculium, exemplo gentis iudaicae.)

Digitized by Google

daicae.) *Hi namque ſunt reges i. e. ſe et alios in virtutibus regentes et ita in Deo regnum habent.* Aliud vero genus eſſe dicitur Chriſtianorum, qui *laici* vocantur. *His temporalia poſſidere, his conceſſum eſt, vxores ducere, terram colere, inter virum et virum iudicare, cauſas agere, oblationes ſuper altari apponere, decimas reddere.* Haec diſtinctio eſt *Chriſtianorum*, qua talium, h. e. in *republica eccleſiaſtica*, vt loquuntur, conſtitutorum, et coincidit cum illa, qua in *republica ſeculari* homines diuiduntur in *imperantes* et *parentes*. *Laici* enim, ex mente canoniſtarum, parent, et *clerici* imperant. Si ergo clerici tam ſublimi et diuerſiſſimo ſtatu a laicis diſtinguuntur, non adeo mirandum eſt, diuerſiſſima eorum eſſe iura, vt fere in ſingulis materiis a laicorum ſorte diſtinguantur. Acceſſit et haec ratio, quod ſtatus clericalis plane *diuerſos mores* deſiderare credatur, quibus iura attemperanda erant. Ideo enim ſegregati eſſe dicuntur a *coetu laicorum*, quod ſint *ſerui Dei, eique ſe ſeruire profiteantur, humana ſeruitute liberati; c. pen. D.* 54. quod nihil aliud curare debeant, quam fugere domeſticos, et vacare Deo; *c. 6. c.* 12. *q.* 1. quod inde etiam dicantur *res ſacroſanctae et ſpirituales*, vt ait CAROLVS DE GRASSIS *de effect. clericat. in praelud. n.*8. quod perfectiores et ſanctiores laicis ſe ipſos demonſtrare debeant. IDEM *c. l. n.* 14. et quae ſunt alia, quae pontificii clericis *peculiariter* aſſignare ſolent.

et ſic diuerſa iura habent.

§. II. Haec praemittenda eſſe cenſui, vt venas tot diverſorum iurium eo rectius aperire poſſem, quae potiſſimum iure pontificio nata ſunt. In primitiua eccleſia nullis adeo peculiaribus iuribus hi, quos clericos hodie vocant, inſtructi erant, quia nec diuerſis viuebant moribus, nec ſtatum tam diſtinctum a laicis gerebant. Omnium omnino Chriſtianorum vita efformata eſſe debebat ad exemplar Chriſti, huc tendebant monita Apoſtolica, huc ipſe ſaluator colli-

In primitiua eccleſia haec diuerſitas iurium defuit.

Digitized by Google

neabat, aliam non praeſcribens regulam viuendi clericis, aliam laicis. Omnes inter ſe *fraternitatis*, et ſic *aequalitatis*, iure conglutinati erant, nec ſtatus eorum, qui eccleſiis praeerant, tanta ſublimitate diſtinguebatur a laicorum ſorte. Sed poſtquam a *prima* illa *ſimplicitate* declinarunt Chriſtiani, et ſchemata politica eccleſiis applicuerunt, haec diuerſa genera Chriſtianorum nata, et tum *ſtatu* tum *moribus* diſtincta ſunt, vt antea monui. Ad *mores* ſpeciatim illud quoque refero, quod *dominium poſſidere et nihil extra dominum poſſidere* debeant; *c.* 5. *c.* 12. *q.* 1. quod ideo accipere dicantur raſuram, quae denotare debeat *temporalium omnium depoſitionem* iuxta *c.* 7. *ibid.* quod in communi viuere debeant, *c.* 9. *ibid.* et quae ſunt alia. Quae cum ita ſint, non adeo mirandum eſt, quod etiam ratione *ſucceſſionis in bona eorum* varia ſingularia ſint conſtituta, paucis nunc quidem examinanda, et ad vſum fori noſtri applicanda. Quia autem ſucceſſio potiſſimum defertur *teſtamento* vel *lege*, ideo de *ſucceſſione teſtata in bona eorum* primo loco videndum eſt.

Quando demum nata?

ſpeciatim circa ſucceſſionem.

Quinam nomine clericorum hodie veniant.

§. III. Eſt autem appellatio *clericorum* latiſſima, poſtquam tractu temporis plures eorum conſortio adſcripti ſunt, qui olim vel ignorabantur, vel laicorum ſorte viuebant. Principaliter horum nomine veniunt, qui *eccleſiaſticas functiones* obeunt, et *miniſteria ſacra* peragunt, quales ſunt epiſcopi, presbyteri, diaconi et ſubdiaconi. His adiunguntur alii, merum quoddam famulitium praeſtantes, vt oſtiarii, cuſtodes, ludimoderatores &c. quibus *minores ordines* adſcribunt. Rurſus qui *ordines maiores* accipiunt, vel in *collegia canonicorum* tranſierunt, vel extra ea degunt. Tempore PIPINI haec collegia a Metenſi epiſcopo CHRODOGANGO condita fuiſſe, noto notius eſt, quae potiſſimum in concilio Aquisgranenſi ſub LVDOVICO Pio Anno 816. confirmata, et regulis peculiaribus inſtructa ſunt, quas *formulam inſtitutio-*

nis

Digitized by Google

nis canonicae vocarunt. vid. AVBERTVS MIRAEVS *in cod. piar. donat. c.* 13. ADEMARVS, ſcriptor ſeculi XI, *in chron. ſuo* apud PHILIPPVM LABBEVM *tom. II. bibliothec. nou. MSC. libr. p.* 158. Poſtquam vero teſte TRITHEMIO *in chron. Hirſaug. ad ann.* 977. Canonici a priſtina deſciuerunt diſciplina, vitamque communem abiecerunt, noua reformatio eorum hinc inde ſuſcepta, et pluribus in capitulis clerici adacti ſunt, vt *praeſtito voto paupertatis* ad vitam communem, *more monaſtico*, redirent, qui inde dicti ſunt *canonici regulares*, quod *regulariter*, eiurata *bonorum* proprietate, ad inſtar Monachorum, viuerent; reliqui vero, qui extra vitae communis ſtatum moremque manſerunt, *ſeculares* canonici dicti ſunt, quos etiam inter proteſtantes adhuc reperiri, experientia docet. Canonicorum regularium mores aſſumſerunt etiam *ordines militiae ſacrae*, maxime tres illi principales, *Templariorum*, *Hoſpitalariorum*, et *Teutonicorum*, qui ab initio reuera *monaſtici* fuere, vt eorum auſpicia docent, relata a IACOBO de VITRIACO in *hiſtor. Hieroſolym.* apud BARTHIVM *in collect. ſcript.* quam vocat *geſta Dei per Francos*, pedetentim autem *canonicis regularibus* adſcribi maluerunt. De aliis ordinibus agunt plenius AVBERTVS MIRAEVS *de orig. ordin. equeſtr.* MENDO *de originibus militar.* GRYPHIVS *von geiſtlichen und weltlichen Ritter-Orden*, aliique. ASCANIVM quoque TAMBVRINVM duo volumina *de ordinib. militar.* ſcripſiſſe referunt, hactenus tamen haud edita. Denique etiam monachi inter *clericos* relati ſunt contra rationem primi eorum inſtituti. Laicorum in numerum olim eos relatos fuiſſe tam manifeſtum eſt, vt etiam laicorum munia praeſtare, et diebus dominicis *oblationes facere* deberent, quod laicorum erat, vt HIERONYMVS *ad Heliodorum* ſcribens *de vita eremitica* teſtatur. Sed poſtquam *vita clericalis* cum *monaſtica* coaluit in collegiis canonicorum, et praeterea nonnullis ordinibus hoc datum,

An etiam monachi?

Digitized by Google

vt ordines clericales ſuſcipere poſſent; a laicorum ſtatu ad clericalem tranſierunt, et ſic de ſingulis ſeparatim agendum erit.

Olim clerici teſtamenti factio non eſt denegata.

§. IV. Quod *ſucceſſionem in bona clericorum teſtatam* concernit, ante omnia *de teſtamentis* eorum diſpiciendum erit. Et quia vsque ad tempora PIPINI in plerisque eccleſiis vna eademque erat ratio clericorum, nec *monachi* his accenſebantur, paucis de horum teſtamentis agendum eſt. Nullibi teſtamenti factio illis interdicta fuit, quamuis plerique in anguſtiis rei domeſticae viuerent, vt parum de teſtamentis cogitarent. Paulatim creſcentibus eorum reditibus, variis modis reſtricta eſt eorum teſtamenti factio, imo ex inſtituto AVGVSTINI ſeculo IV. ſaepe quibusdam prorſus ademta. Ad vitam monaſticam iam adſuetus, collegit clericos, qui cum iſto more monaſtico viuerent, vt proprietati rerum renunciarent. *Ecce quomodo viuimus*, ait, *tr. de diuerſ. ſerm.* 49. *c.* 2. *nulli licet in ſocietate noſtra habere aliquid proprium. Nulli licet. Si qui habent, faciunt, quod non licet.* Inde colligebat, teſtamenti factionem huiusmodi clericis eſſe ademtam, non *lege* quadam *publica*, quae deficiebat; ſed ex *inſtituti* peculiaris indole. Inde aegre admodum ferebat, quod IANVARIVS presbyter teſtamentum condidiſſet. *Teſtamentum fecit presbyter*, ait, *c. l. ſocius noſter, nobiscum manens, de eccleſia viuens, communem vitam profitens; teſtamentum fecit, heredem inſtituit. O dolor illius ſocietatis, ſed eccleſiam ſcripſit heredem. Nolo munera iſta.* Erat haec AVGVSTINI lex priuata, et ſi dicendum, quod res eſt, non ſine aliqua temeritate conſtituta. Neque enim hactenus haec poteſtas epiſcopis data erat, vt de huiusmodi cauſis leges clero praeſcribere poſſent. Non mirandum ergo, ſi hoc ipſum a pluribus eo tempore reprobatum fuerit. Ipſe vero contra audentior iuit, et *eod. tr. ſerm.* 50. in eadem permanſit ſententia: *Modo quia placuit illis,*

niſi quod Auguſtinus illis, qui in communi vita cum eo viuebant, eam interdixerit.

priuato auſu, non autoritate canonum.

Digitized by Google

illis, ait, *ſocialis haec vita, quisquis cum hypocriſi vixerit, quisquis inuentus fuerit habens proprium, non illi permitto, vt inde teſtamentum faciat, ſed delebo eum de tabula clericorum; interpellent contra me mille concilia, nauiget contra me, quo voluerit, ſit certe, vbi potuerit, adiuuabit me Deus, vt, vbi ego ſum, illic clericus eſſe non poſſit.* Sed mox poſt AVGVSTINVM exſpirauit haec ſodalitas clericorum, cum non adeo multos ſectatores habuerit.

§. V. Manſit ergo ſalua clericis plerisque teſtamenti factio et patrimonii proprii poſſeſſio. Sed non pauci tamen hic excedebant, et ex reditibus eccleſiaſticis mox ingentes colligebant theſauros. AMMIANVS MARCELLINVS *lib. XXVII. c. 6.* de epiſcopis Romanis tradit, quod poſt impetratum epiſcopatum, *ita ſecuri fuerint, vt ditentur oblationibus matronarum, procederentque vehiculis inſidentes, circumſpecte veſtiti, epulas curantes profuſas, adeo vt eorum conuiuia regales ſuperarent menſas.* Suſpectum forſan videtur ethnici hominis teſtimonium: ergo HIERONYMVM audiamus, qui *epiſt. 2. ad Nepotianum* ſignanter ſcribit: *Obſecro te, et repetens iterum iterumque monebo, ne officium clericatus genus antiquae militiae putes, id eſt, ne lucra ſeculi in Chriſti quaeras militia: ne plus habeas quam quando clericus eſſe coepiſti, et dicatur tibi: Clerici eorum non proderunt eis: Nonnulli enim ſunt ditiores monachi, quam fuerant ſeculares, et clerici, qui poſſident opes ſub Chriſto paupere, quas ſub locuplete et fallace diabolo non habuerunt, vt ſuſpiceret eos eccleſia diuites, quos mundus tenuit ante mendicos.* Aegre hoc plurimi ferebant, ideo quod reditus eccleſiaſtici non niſi *pauperum ſuſtentationi* eſſent deſtinati, adeo vt clerici quoque non ſub titulo *ſalarii*, ſed *eleemoſynae* ad diſtributiones has vel *quotidianas* vel *menſurnas*, vt paſſim CYPRIANVS loquitur, admitterentur. Hac bonorum eccleſiaſticorum ratione plurimi deterrebantur, ne quid

Auaritia clericorum creſcente reſtringi coepit teſtamenti factio.

maxime quod reditus ex bonis eccleſiaſticis percepti pauperum eſſe crederentur.

quid ex iis ſibi acquirerent, vel ex iis parce viuerent; alii auaritiae magis ſtudebant, et bene paſti poſtmodum teſtamenta condebant, id quod reſtringendum eſſe patres crediderunt. In *conc. Carthaginenſi* III. de Anno 379. *c.* 49. quem GRATIANVS in *c.* 1. *c.* 12. *q.* 5. retulit, hac de re patres ita cenſuerunt: *Placuit, vt epiſcopi, presbyteri, diaconi, et quicunque clerici, qui nihil habentes ordinantur, et tempore epiſcopatus, vel clericatus ſui agros vel quaecunque praedia nomine ſuo comparant; tanquam rerum dominicarum inuaſionis crimine teneantur, niſi admoniti eccleſiae eadem ipſa contulerint. Si autem ipſis proprie aliquid liberalitate alicuius, vel ſucceſſione cognationis obuenerit, faciant inde, quod eorum propoſito congruit.* Idem canon relatus eſt in *codicem canon. Afric. eccleſ. c.* 32. Ab hoc tempore paſſim diſtinctio facta inter *bona clericorum patrimonialia*, quae vel ante clericatum habuere, vel aliunde, quam ex *reditibus eccleſiaſticis* acquiſiuerunt, et *profectitia*, quae ex reditibus eccleſiaſticis illis obuenere.

***Quod** bona intentione ab initio cautum fuit.*

§. VI. Hanc doctrinam non *pia* quadam *fraude* ab initio excogitatam eſſe, ad patrimonium eccleſiae inde augendum, arbitror, ſed *bona intentio* eam primum produxit, *ſuperſtitio* poſtmodum auxit, denique, deperditis plane rebus eccleſiae, *aſtutia* eam ad dominatum, qui maxime abundantia quarumcunque rerum alitur, ſtabiliendum applicuit. Intentio bona patrum, qui eam propagarunt, potiſſimum directa fuit ad conſeruationem bonorum, in *vſus pauperum* oblatorum, quibus auari variis modis inhiabant, ex penu eccleſiae non ad ſuſtentationem ſed patrimonii augmentum reditus ſuos facientes. Pauperes illis admodum curae erant, in matriculam eccleſiae relati, *matricularii* inde dicti, quorum ingens copia erat, neutiquam vero intentio eorum erat, ſe ſuosque inde paſcendi, quod ad vitia ſeculorum ſequentium demum referendum. Iniuſtum impiumque

quae eſſe credebant, ab illis bona conſumi vel ad alios transferri, quae ex antiqua et primaeua eccleſiae praxi vnice in vſus pauperum erant collata, adeo, vt ſi inde ditiores eſſent facti, hoc indicium apertum eſſet, plus illos ſibi vindicaſſe ex reditibus eccleſiaſticis, quam ad vitae ſubſidia eſſet neceſſarium. Hinc ne quidem fas eſſe credebatur, illa liberis relinquendi. *Qui ditior eſt*, ait HIERONYMVS *in Ezech. c.* 46. *ſacerdos, cum venit ad ſacerdotium; quicquid plus habuerit, non filiis debet dare, ſed pauperibus et ſanctis fratribus et domeſticis fidei, qui vincunt merita liberorum, vt reddat ea, quae domini ſunt, domino ſuo, vt loquitur in euangelio.* Extenſum hoc vlterius in concilio Agathenſi Anno 506. celebrato, *c.* 6. a GRATIANO *in c.* 3. *C.* 12. *q.* 3. relato, etiam ad ea, quae epiſcopis ab extraneis vel *ſeparatim* (quod *ſequeſtratim* ibi dicitur) vel cum eccleſia *coniunctim* donata fuerint, eo caſu, ſi hoc ille, qui donat, *pro redemtione animae*, non pro commodo ſacerdotis obtuliſſe probatur, quippe quod magis ei *intuitu eccleſiae* oblatum eſſe credi debeat. Additur tamen haec limitatio: *Sane quicquid per fideicommiſſum aut ſacerdoti aut eccleſiae fortaſſe dimittitur, cuicunque alii poſtmodum profuturum*, (h. e. non intuitu eccleſiae) *id inter facultates ſuas eccleſia computare aut retinere non poterit.*

Vt nec de iis diſponere poſſent, quae intuitu officii epiſcopo donata erant.

§. VII. Ad has patrum ſententias paulatim ſe accommodarunt leges ciuiles. Iam CONSTANTINVS *in l.* 2. *C. de epiſc. et cler.* edixerat: *Si quid vel parſimonia vel prouiſione vel mercatura, (honeſtati tamen conſcia) congeſſerint, id in vſum pauperum atque egentium miniſtrari oportet.* Non loqui Caeſarem de *neceſſitate abſoluta* exiſtimo, vt omnis teſtamenti factio de his clericis fuerit interdicta, ſed rationem his verbis oſtendit, quare clericis *immunitatem* a vectigalibus aliiſque praeſtationibus conceſſerit, ſcilicet, quod eorum bona potius cenſeantur deſtinata *in vſus pauperum,*

Haec reſtrictio confirmata etiam legibus ciuilibus quoad epiſcopos.

Digitized by Google

perum, ſecundum optimam praeſumtionem, quam de iis capiebat, quae tamen non raro fallere potuit. IVSTINIANVS in *l.* 42. §. 2. *C. eod.* circa *bona* epiſcoporum hac ſubdiſtinctione diſpoſuit: *De his vero epiſcopis, qui nunc ſunt, vel futuri ſunt, ſancimus, nullo modo habere eos facultatem teſtandi, vel donandi, vel per aliam quamcunque excogitationem alienandi quid de rebus ſuis, quas, poſtquam facti fuerint epiſcopi, poſſederint, et acquiſierint, vel ex teſtamentis vel donationibus, vel ex alia quacunque cauſa: exceptis duntaxat his, quas ante epiſcopatum habuerunt, ex quacunque cauſa, vel quas poſt epiſcopatum a parentibus et thiis*, h. e. *patruis vel auunculis, et a fratribus ad ipſos peruenerunt, peruenturaeque ſunt: quaecunque poſt ordinationem ex quacunque cauſa extra praefatas perſonas ad ipſos peruenerunt, ea iubemus ad ſanctiſſimam eccleſiam, cuius epiſcopatum tenuerint, pertinere, et ab ea vindicari et euinci: nulla alia perſona poteſtatem habente ex eo proprium quid auferre lucrum. Quis enim dubitauerit eos, qui ipſis proprias res relinquunt, aut reliquerint, etſi in aliam perſonam transferunt, aut transtulerunt, non potius ipſum patrimonium contemplantes, quam eius perſonam, et cogitantes, quia non ſolum ab ipſis relicta pie inſumunt, ſed et ſuas ipſorum res adiurent, id feciſſe?* Perſpicuum inde eſt, IVSTINIANVM ſecutum fuiſſe Agathenſis concilii decreta, ſimul tamen ſpecialius determinaſſe, vnde capi queat praeſumtio, vtrum eccleſiae, an vero epiſcopi intuitu aliquid relictum videatur? Scilicet, vt, ſi ab *extraneo* quid profectum ſit, magis intuitu *officii* id legatum eſſe, credi debeat, ſecus vero ſi a cognatis, qui *cognationis* ratione inducti eſſe videntur. Specialius haec determinat imperator in *Nou.* 131. *cap.* 13. et ſimul extendit ad *prouiſores domorum religioſarum*, maxime cum dubium incidere poterat, quouſque cognatio extendi et praeſumtio

Digitized by Google

ſumtio inde capi queat. Deſumta inde eſt *Auth. Licentiam. C. de Epiſc. et Cleric.* huius tenoris: *Licentiam habeat Epiſcopus, quaecunque ante Epiſcopatum probatus fuerit habuiſſe, et quaecunque poſt Epiſcopatum iure cognationis vſque ad quartum gradum ad eum peruenerunt, ad quos voluerit, vltima voluntate transmittere: ceteris rebus alio modo acquiſitis ab eo, dominio eccleſiae reſeruatis: niſi in vtilitatem eccleſiae, vel opera pietatis conſumta ſint. Eadem diſtinctione habita in adminiſtratoribus cuiuscunque loci religioſi.*

Ceteris Clericis lex non eſt praeſcripta.

§. VIII. De ſolis *Epiſcopis* et *adminiſtratoribus domorum religioſarum* loquitur et diſponit imperator. De aliis clericis non item, quin potius his liberiorem poteſtatem condendi teſtamentum indulſiſſe videtur in *Nou.* 123. *c.* 19. vt, *quomodocunque* bona acquiſiuerint, de iis liberam haberent teſtamenti factionem: *Presbyteros autem et Diaconos et Subdiaconos, cantores et lectores, quos omnes clericos appellamus, res quolibet modo ad eorum dominium venientes habere ſub ſua poteſtate praecipimus, ad ſimilitudinem caſtrenſium peculiorum, et donare ſecundum leges, et in his teſtari, licet ſub parentum ſint poteſtate: ſic tamen, vt horum filii, aut his non exiſtentibus, parentes eorum legitimam partem ferant.* Aſſentire nequeo THOMASSINO *P. III. de nou. et vet. eccleſ. diſc. lib.* 2. *c.* 40. §. 4. exiſtimanti, IVSTINIANVM non agere hac nouella de rebus ex eccleſiaſtico prouentu partis. Nam 1) generaliter loquitur de rebus *quolibet modo* ad eorum dominium venientibus, neque excipit res ex prouentibus eccleſiaſticis prouenientes; imo 2) nec eos excipere potuit, poſtquam etiam filiosfamilias clericos de iis *ad exemplum caſtrenſis peculii* teſtari poſſe permittit, ad cuius claſſem alia bona vix poſſunt referri, quam quae ex *militia eccleſiaſtica* acquiſiuerant, ſeu propter *miniſterium eccleſiaſticum.* Praeterea 3) ratio di-

Quod probatur.

Ratio diuerſitatis.

verſitatis in aprico eſt. Epiſcopi et prouiſores domuum religioſarum ſub ſua adminiſtratione habebant bona eccleſiaſtica, vel ad minimum, Oeconomis conſtitutis, epiſcopi erant *diſpenſatores eorum*; quibus etiam oeconomi rationes reddere tenebantur. *l.* 42. §. 5. *C. de epiſc. et cler.* Parciſſimi plures erant epiſcopi in reditibus eccleſiaſticis in clericos diſtribuendis, ſibi, prout auaritiae ardor eos incitauerat, vberiores reditus reſeruabant, quod oeconomi impedire non poterant, ad eorum nutum et iuſſum ſemper parati. Hoc vt praecaueretur, lex erat praeſcribenda epiſcopis et prouiſoribus domuum religioſarum, et occaſio iis praeſcindenda, ne vltra modum patrimonium ſuum ex *reditibus eccleſiaſticis* augere poſſent: idem loculos ſuos implendi ex reditibus eccleſiaſticis periculum non erat metuendum de reliquo clero, vtpote cui tantum *neceſſaria vitae ſubſidia*, non *certa* et *fixa ſalaria*, eaque opima, ab epiſcopis elargiebantur. Neque denique 4) Agathenſe concilium *quoscunque clericos*, ſed *ſolos epiſcopos* reſpicit, quamuis *canon Africanus* ſupra relatus latius euagaretur, qui tamen ius vniuerſale eccleſiaſticum facere non potuit.

Gregorius M. quoque tantum de epiſcopis loquitur.

§. IX. Haec quoque, meo iudicio, ratio eſt, quod GREGORIVS M. de hac materia agens, tantum epiſcoporum mentionem faciat, et ſtricte veſtigia IVSTINIANI ſequatur. Referam paucis eius aſſertiones ex decreto GRATIANI. In *c.* 1. *C.* 12. *q.* 5. ait: *Nulli dubium eſt, quia ſicut ſacerdotibus res in epiſcopatu acquiſitas nulla eis eſt alienandi licentia, ita de his, quas ante habuerint, quicquid iudicare voluerint, non vetantur.* Idem in *c.* 2. *ibid.* huc etiam collineat aiens: *Obitum Theodori Epiſcopi dilectionem tuam iam credimus cognouiſſe. Sed quia ipſe teſtamentum dicitur condidiſſe, ſubtiliter te (ne quid de rebus eccleſiae ſuae conſumſiſſet) oportet inquirere. Et ſi quidem eum exinde aliquid incongrue minuiſſe didiceris; ita age, vt res ipſae*

Digitized by Google

ipſae ab eo, cuius intereſt, modis omnibus reparentur. Nec diuerſa ab his traditis eſt ſententia *concilii Hiſpalenſis de anno* 590. relata *in c.* 4. C. 12. *qu.* 5. vbi ita: *Fixum abhinc, et perpetuo manſurum decreuimus, vt epiſcopus res ſui iuris, quas aut ante epiſcopatum, aut certe in epiſcopatu hereditaria ſucceſſione acquiſiuit, ſecundum autoritatem canonicam quicquid vult, faciat, et cui vult, eas conferat. Poſtquam autem Epiſcopus factus eſt, quaſcunque res de facultatibus eccleſiae, aut ſuo, aut alterius nomine, qualibet conditione comparauerit, decreuimus, vt non in propinquorum ſuorum, ſed in eccleſiae, cui praeeſt, iura deueniant.* Euidentius rem declarat concilium Toletanum IX. de anno 655. relatum in c. 1. C. 12. *q.* 4. vbi ſimul ratio peculiaris huius diſpoſitionis petitur *ex rerum eccleſiaſticarum adminiſtratione et diſpenſatione.* Aiunt patres Toletani: *Sacerdotes vel quicunque illi ſunt, quibus eccleſiaſticarum rerum cura commiſſa eſt, quaecunque adminiſtrationis ſuae tempore emerint; ſi de rebus propriis vel vile, vel carum habuerint, ad eccleſiae nomen, cui praeſunt, chartarum conficere inſtrumentum procurent: non enim conuenit, vt eccleſia, quem ſuſcepit extraneum, efficiat in alieno diuitem, et in ſuo retineat fraudatorem. Hi vero, qui ſuarum rerum noſcuntur habere compendium, ex omni re, quam poſt ordinationis ſuae diem viſi ſunt acquiſiſſe, ſiue nulla, ſiue alia ſint inſtrumenta confecta; compenſatione tam iuris ſui, quam eccleſiaſticarum rerum habita, ſi ſe vtriusque rei quantitas exaequauerit; inter eccleſiam et decedentis heredes aequo iure conquiſitio pertinebit.*

vt et concilium Hiſpalenſe.

et Toletanum IX.

§. X. Equidem iam circa initia ſeculi VI. in Occidentali eccleſia Epiſcopi bona ipſa eccleſiaſtica *iure beneficiario* vel *vſufructuario* loco redituum clericis alias debitorum, concedere parochis ſolebant, vti docet *c.* 23. 59. Concilii Agathenſis, *c.* 36. Concil. Toletani IV. relatus in *c.* 66. C. 12. *q.* 2. *c.* 14. Concil. Epaonenſis *de Anno* 517.

Circa ceteros Clericos tantum praecauebant, ne bona eccleſiaſtica ſupprimerent.

c. 17. Conc. Aurel. *III. de Anno* 538. et *c.* 5. Conc. Toletani IV. relatus in *c.* 72. *C.* 12. *q.* 2. In tali rerum ſtatu in id potiſſimum incubuerunt Patres, ne, quae *beneficiario iure* conceſſa erant, ſupprimerentur, vel ab heredibus vſurparentur, circa bona autem eorum relicta mox talem diſtinctionem *acquiſitorum* adhibitam fuiſſe, non inueni. In Concilio Toletano IX. *c.* 7. id modo cautum eſt, *vt, ſi Presbyter aut Diaconus fuerit, quos obiiſſe conſtiterit, non ſine cognitione ſui Epiſcopi rem eius heredibus adire liceat,* hoc ſcilicet fine, ne forſan bona *iure beneficiario* iis conceſſa, ab heredibus eorum occupentur. Qua autem occaſione iis poſtea eadem lex, quae Epiſcopos ſolos antea ligabat, impoſita fuerit, paucis iam videndum.

Sed vbi bonis eccleſiaſticis frui coeperunt, eadem quoque lex ipſis ſcripta eſt.

§. XI. Leges, prout antea demonſtraui, de *Epiſcopis* tantum loquuntur, non alia de cauſa, quam quod res eccleſiae ſub ſua *diſpenſatione* haberent, et vltra neceſſitatem lucrum inde capere poſſent. Sed iam antea monui, paulatim etiam aliis clericis inferioribus bona eccleſiaſtica adminiſtranda et fruenda fuiſſe conceſſa, ab initio quidem parce, poſtea autem hoc adeo inualuit, vt ſeculo VIII. fere vbique Parochi bona, peculiariter Parochiae dicata, ſub ſua adminiſtratione haberent, ex indultu Epiſcoporum, qui olim quaeuis bona eccleſiaſtica in ſua Dioeceſi ſub diſpenſatione ſua habebant. THOMASSINVS *P. III. de Vet. et nou. eccleſ. diſcipl. L.* 2. *c.* 17. *ſeq.* Hoc facto legem de Epiſcopis latam ad hos quoque extendendam cenſuerunt, vt hinc non mirandum, in Capitularibus Carolinis de *Presbyteris* idem diſponi, quod de *Epiſcopis* olim ſancitum erat, vt docet GONZALEZ ad *c.* I. *X. de pecul. Cleric. n.* 1. Qui in *tit. de pecul. Cleric.* adferuntur textus ex concilio Arelatenſi et Remenſi in *c.* 1. 2. *et* 4. ſeriem huius diſciplinae illuſtrare non poſſunt, quippe qui in dictis conciliis haud reperiuntur. Et quod ex epiſtola PII Papae

Digitized by Google

Papae de Ao. 153. in *c.* 3. *eod.* adfertur, adulterinum eſt, ſeculo demum IX. natum, et in cerebro Pſeudo-Iſidori elucubratum; id vnice tamen docet, iam ſeculo IX. creberrimam hanc fuiſſe doctrinam. Poſtea in Concilio Lateranenſi ſub ALEXANDRO III. Anno 1179. ſpeciatim de *Clericis inferioribus* cautum, ſimulque ad veterum canonum obſeruantiam, qui de *Epiſcopis* duntaxat loquuntur, adſtricti ſunt. Probabile eſt, clericos pro lubitu hactenus de bonis ſuis *indiſtincte* diſpoſuiſſe, quod nec diffitetur ALEXANDER III. in *c.* 7. *X. de teſtam.* et ſic aegre adductos fuiſſe, vt legem Epiſcopis latam, ſibi imponi paterentur. Idem poſtea Anno 1180. in *c.* 9. *X. eod.* eandem repetit ſententiam, et Vigilenſi Epiſcopo quaerenti reſpondet, quod de his, quae conſideratione eccleſiae perceperunt, nullum de iure poſſint facere teſtamentum, quod in *c.* 12. *X. eod.* plenius illuſtrat.

Penitentibus Clericis.

§. XII. Non defuere quidem ſequentibus ſeculis plures conſtitutiones eccleſiaſticae, idem inculcantes, ſed vix in vſum trahi potuerunt, ob difficultatem diſcernendi, quantum defunctus ex bonis eccleſiaſticis acquiſiuerit? Inexplicabiles lites non poterant non inde oriri, propter quas plerumque eiusmodi bonorum diſtributio inſtitui non poterat. Ad has diſſoluendas nouum excogitatum eſt remedium, quo onerabant conſcientiam *teſtatorum* et *heredum*, ne contra canones quid eccleſiae ſubtraherent. Videbatur hoc ſufficere, niſi auaritia in pleriſque conſcientiae praevaluiſſet. Imo quia aegre Clerici inferiores adducebantur, vt ſe neceſſitati huic ſubmitterent, et exempla ſine dubio plura in contrarium haberent, facile pro ſe allegare poterant *conſuetudinem*, quam etiam non adeo improbat ALEXANDER III. in *cap.* 12. *X. de pec. Cler.* aiens: *Conſuetudinis tamen non eſt improbandae, vt de his pauperibus et religioſis locis, illis, qui viuenti ſeruierint, ſiue ſint conſanguinei,*

Quin quod haec reſtrictio vix in vſum trahi potuerit;

et conſuetudine tandem inferioribus clericis libera teſtamenti fa-

ctio permiſſa fuerit. nei, *ſiue ſint alii, aliqua iuxta ſeruitii meritum conferantur.* Hanc quoque conſuetudinem, quam non improbandam eſſe cenſet pontifex, fere vſu communi et obſeruantia poſtea adeo inualuiſſe docet ESPENIVS *P. II. iur. eccleſ. tit.* 32. *c.* 7. §. 17. *ſqq.* cum COVARRVVIA *de teſtam. c.* 7. vt fere hodie ſoli epiſcopi adhuc ſubiecti ſint veteri canonum rigori, reliqui autem clerici libere teſtentur, de quibuscunque bonis', quod etiam admittunt ZOESIVS *ad tit. de teſtam. n.* 6. GRANNANIETTO *ad c.* I. *X. de teſtam. n.* 9. GALLVS *de fructibus diſp.* 37. *art.* I. *n.* 79. *ſqq.* CORVINVS *de perſon. et benefic. eccleſ. p.* 2. *lib.* 7. *tit.* 5. *n.* 22.

Quae ſatis rationabilis eſt. §. XIII. Nec improba haec eſt conſuetudo, vt concedit ENGEL. *in colleg. iur. can. tit. de teſtam. n.* 3. imo rationi adeo congrua, vt mirum ſit, epiſcopos ſe adhuc illa lege antiqua, cuius ratio tamen aperte ceſſat, ligatos cenſere. Olim partim ob *liberam diſpenſationem rerum eccleſiaſticarum*, partim *ob peculiarem earum reſpectum*, partim denique *ob denegatum dominium redituum eccleſiaſticorum* teſtamenti factio de iis epiſcopis ademta erat, et cum quaedam quoque in reliquos clericos cadere viderentur, poſtea prohibitio eadem ad eos extenſa, ſed aegre in praxin deducta.

Ob ceſſantes prohibitionis veteris rationes. Omnes hae rationes iuris antiqui hodie exoleuerunt; libera illa bonorum eccleſiaſticorum diſpenſatio dudum ceſſavit, diſtributione redituum facta, ſingulisque ita aſſignata, vt ſinguli certos reditus percipiant, et certa bonorum portione perfruantur. Neque etiam amplius ſunt *patrimonium pauperum,* quod dudum eſſe deſierunt, ſed potius *patrimonium cleri* rectius dici poſſunt. Ne quidem *quarta pauperum* amplius ſupereſt, et ſi ſupereſſet, ne ſic quidem portiones epiſcopi et ceterorum clericorum primaeuum reſpectum haberent, quia, *quarta pauperum* introducta, reliqua bona eum reſpectum, quod in genere eſſent *patrimonium pauperum*, amiſerunt. Huius intuitu olim de bonis

Digitized by Google

nis his aduentitiis, ſeu ex *reditibus eccleſiaſticis* acquiſitis, vltima voluntate diſponi non potuit, qui fauor tamen in totum ceſſat. Denique vltima ratio fluxit ex praecedente reſpectu. Ideo enim de *dominio horum redituum* dubitarunt veteres, quod crederent, ſe eſſe tantum redituum *vſuarios*, quod vero ex iis ſupereſſet, ad pauperes reuerti debere. Ex hac rurſus noua profluxit *ratio* et *concluſio*, quod clerici de reditibus eccleſiaſticis vlterius ſibi vindicare non poſſent, quam quae ſibi ad vitae ſuſtentationem eſſent neceſſaria, prout ex antiquorum doctrina docent epiſcopus Aſtoricenſis FRANCISCVS SARMIENTO *de redit. eccleſ. P. II. c.* I. FRANCISCVS GALLVS *de fructibus diſp.* 37. *art.* I. *n.* 5. *ſqq.* ALEXANDER SPERELLVS *deciſ. for. eccleſ.* 82. *n.* 5. *ſqq.* Quicquid ergo ſupererat, indebite perceptum videbatur, et ab eccleſia condici poterat in vſum pauperum. Vtraque ratio hodie euidenter ceſſat, et quidem poſterior eo ipſo, quo *certa beneficia* erecta ſunt, nec amplius in iis aſſignandis ad *neceſſitates quotidianas* ſingulorum reſpicitur. Simul quoque prior deficit, poſtquam beneficia loco *ſalarii*, et ſic redituum horum pleniſſimum dominium ad inſtar aliorum officialium accipiunt ZIEGLER *de dot. eccleſiae c. XI.* §. 32. *ſqq.* SARMIENTO *c. tract. p.* 4. *c.* 6. Inde conſuetudine in Hiſpania, Gallia alibique inualuiſſe ait SARMIENTO *c. l. c.* 6. vt clerici, exceptis epiſcopis, de reditibus libere diſponere queant, tam inter viuos, quam vltima voluntate. Nec ideo ex ſententia ENGELII *c. l.* damnanda eſt haec conſuetudo, tanquam *irrationabilis*, quod *pauperibus* et *eccleſiae* inde damnum inferatur. Illis ſane nulla iactura inferri poteſt, poſtquam ex penu eccleſiae non amplius, vt olim, pauperes aluntur; nec huic fit praeiudicium, cui ſubſtantia rerum ſalua manet, et irrationabile videtur, clericis fructus auferre, quos iure *beneficiario* et *vſufructuario* ſuos fecerunt. ***Nec inde damnum eccleſiae et pauperibus infertur.***

runt. Olim titulus *beneficii* ignorabatur: hoc introducto, ius antiquum ſilere debuit, cum titulus *beneficii* ſit inſtar *feudi*, vel prout alii loquuntur, *vſusfructus*, quo vtroque fructus plene percipiantur. Vnde in antiquis fundationum formulis, *iure vſufructuario et beneficiario bona haec aſſignari*, ſaepius dicuntur, vt docet CANGIVS *in gloſſar. voc. beneficium.* Imo ipſa *beneficia* feudi eccleſiaſtici ſpecies ſunt, et inde nomen ſuum traxerunt. Quis autem vnquam dubitauit, vaſallum de reditibus feudalibus teſtari non poſſe? conf. PRVCKMANN. *Vol. II. conf.* 5. *n.* 4. REDOAN. *de rebus eccleſ. non alien. qu.* 52. *c.* 5. *n.* 3. DAVTH. *de teſtam. n.* 186.

Epiſcopi et Praelati hodie ex indulto Pontificis teſtamentum condunt.

§. XIV. Poſtquam vero Epiſcopi aliique Praelati adhuc hodie, etiam in Germania, ſubſunt rigori antiqui iuris, hi demum liberam teſtamenti factionem acquirunt, per *indultum Pontificis ſpeciale.* DAVTH. *c. l. n.* 187. Huius exemplum eſt in Epiſcopo Hildeſienſi IODOCO EDMVNDO, qui Anno 1691. hanc licentiam papalem accepit, cuius tenorem tradit B. STRYKIVS *in tr. de caut. teſtam. in appendice, n.* 10. Ampliſſima haec eſt conceſſio, verbis luxuriantibus ex Romanae curiae ſtylo concepta, et adeo extenſa, *vt in fratrum, nepotum, et aliorum conſanguineorum, affinium, et quarumcunque aliarum vtriusque ſexus perſonarum, etiam extranearum (non tamen illegitimarum) aut alias incapacium, nec non quorumcunque piorum et non piorum locorum fauorem, ac quosuis alios pios, et non pios vſus, etiam nullis exigentibus meritis, ſeruitiis, vel cauſis, ac alias pro ipſius arbitrio et voluntate liberis et abſolutis, ac toties, quoties ipſi videbitur et placuerit, teſtari quouis modo poſſit.* Neceſſaria fuiſſe videtur tam ampliſſimis verbis concepta licentia, vt omnibus occurreretur dubiis, quae alias ab interpretibus moueri ſolent, veluti quod talis conceſſio tantum reſtringi debeat ad pias cauſas, et quae ſunt aliae

Digitized by Google

aliae reſtrictiones, adductae a SARMIENTO *c. l. c.* 8. Ceterum haec indulti a Pontifice impetrandi neceſſitas, non tam propter antiquos canones introducta videtur, quam ob peculiarem rationem, quae Romanam curiam tangit. Ius *ſpolii* ſibi pontifices a tempore CLEMENTIS VI. vindicarunt, quod in *iure colligendi ſibique vindicandi bona defunctorum praelatorum relicta* conſtitit, vt oſtendit THOMASSINVS *P. III. de vet. et nou. eccleſ. diſcipl. L.* 2. *c.* 57. §. 5. Inde *collectores ſpoliorum* ſunt conſtituti in aula Romana, qui hos reditus fiſco papali inferrent. Huc collineat ipſe papa in indulto antea adducto, in quo iuri ſuo renunciat additque, *minus liceri dilectis filiis Theſaurario commiſſario vel ſpoliorum collectoribus et aliis camerae et ſedis protactae officialibus pro tempore exiſtentibus, quouis praetextu, autoritate, poteſtate, occaſione vel cauſa in dictis bonis pro quacunque ſumma manus iniicere, aut aliquam eorum deſcriptionem vel inuentarium aut depoſitum vel ſequeſtrum ſeu quid ſimile attentare vel facere.*

§. XV. Quae cum ita ſint, conclamatum certe eſt, *miniſtros eccleſiae* vt et *canonicos* in terris proteſtantium liberam teſtamenta condendi habere poteſtatem, nec iuris canonici diſpoſitionem iis applicari poſſe. Imo et in hoc melioris conditionis ſunt, quod ne quidem ad *conſuetudinem derogatoriam* hic prouocare neceſſum habeant, cuius probatio pontificio clero incumbit, vt docet PRVCKMANN. *vol. II. conſ.* 5. *n.* 145 *ſeqq.* ſed quod reditus eccleſiaſticos pleniſſime ſuos faciant, cuius dominii effectus eſt libera de iis diſpoſitio. Nec ius ciuile iis reſiſtit, tum, quod antea oſtenderim, illud ſolummodo circa epiſcopos, non reliquos clericos diſtinxiſſe, tum etiam, quod *ius ciuile Romanum* in iis, quae ad *ius clericorum* ſpectant, non adeo inter proteſtantes obſeruetur. conf. DAVTH. *c. l. n.* 158. PRVCKMANN. *c. l. n.* 5. LINCK. *ad decret. tit. de pec. cleric* §. *vlt.*

Clerici proteſtantes liberam habent diſponendi licentiam.

Nec ius ciuile ad epiſcopos proteſtan-

tes applicari poteſt.

BRVNNEMANN. *de iur. eccleſ. L. II. c.* 12. *in f.* Proinde I) ne quidem iuris ciuilis diſpoſitionem in *auth. licentiam. C. de epiſc. et cler.* ad epiſcopos et praelatos A. C. addictos applicandam eſſe exiſtimo: mutatus eſt admodum ſtatus bonorum eccleſiaſticorum, nec amplius idem, qui fuit tempore IVSTINIANI, quo pauperes adhuc ex iis alebantur. Sunt hodie certa bona deſtinata ad *menſam epiſcoporum* et *praelatorum*, non ad menſam pauperum, et inde *iure externo* conſtringi nequeunt, vt, quae inde acquiſiuerint, in vſus pios conuertant. Spolia papalia cum omni iure ſublata ſunt, et plus iuris Praelati in ſuis Dioeceſibus obtinent, quam epiſcopi catholici. Mutato ergo ſtatu rerum, mutari quoque iura neceſſe eſt. Praeterea quoque bona eccleſiaſtica obtinent ex *pacto publico*, ſeu prouiſione *inſtrumenti pacis*, nec vllo pacto ſe obſtringunt, quod iisdem conditionibus, quibus pontificii, illa obtinere velint. Nec memini vnquam de teſtamentis horum epiſcoporum praelatorumque quaeſtionem motam fuiſſe. Praeterea II) non diſtinguendum eſt inter proteſtantes, vtrum *magnos*, an vero *exiguos* reditus ex bonis eccleſiaſticis perceperint clerici. Hanc diſtinctionem formaſſe videtur PRVCKMANN. *vol. II. conſ.* 5. *n.* 147. *ſeqq.* in caſu, quo decanus quidam fideicommiſſum conſtituerat. Admittit quidem DAVTHII ſententiam quoad illos miniſtros eccleſiae, quibus de reditibus fere nihil ſupereſt, niſi quod proprium defraudando genium miſeri comparſerint. *Sed haec*, pergit *n.* 148. MELANCHTHONIS *et* DAVTHII *in magnis illis dominis, quorum praelaturae quotannis millia aliquot proferant, ceſſat. Ceſſabit itaque ipſa quoque domini* MELANCHTHONIS *et* DAVTHII *deciſio.* Verum non diſputandum, quid DAVTHIVS aut MELANCHTHON ſenſerint? ſed quid generatim inter proteſtantes clericos aſſerendum ſit? Omnes clerici *iure beneficii* fructus eccleſiaſticos faciunt ſuos,

Nec diſtinguendum eſt, vtrum reditus exiguos, an magnos ex bonis eccleſiaſticis perceperint.

Digitized by Google

ſuos, nec vlli de his rationem reddere tenentur. Ceſſant hodie in totum omnes rationes, quae olim reſtringebant clericorum teſtamenti factionem, et quae hodie adhuc epiſcopis catholicis reſiſtunt, adeo a noſtris eccleſiis aliena ſunt, vt ſine manifeſta abſurditate applicari nequeant. Generatim noſtrates ſtatuunt, reditus beneficiorum *iure dominii* ad quoscunque clericos pertinere, ſicut reditus feudales; ergo quoque de iis libere diſponendi licentia iis permittenda eſt. Conf. *vol. IV. conſ. Marpurg.* 35. *n.* 88. KNIPSCHILD *de fideic. c. III. n.* 39.

Canonici regulares inter pontificios teſtamenti factionem non habent.

§. XVI. Ceterum apud pontificios circa *canonicos* ratione teſtamenti factionis omnino diſtinguendum eſt inter *ſeculares* et *regulares*, quae diſtinctio demum circa ſeculum XI. inualuit. Ante haec tempora vna eademque ratio erat canonicorum, nec vllo *paupertatis* voto obſtringebantur, adeoque de *bonis patrimonialibus* teſtamentum condere poterant. Quoad reditus eccleſiaſticos vel ideo quaeſtio circa teſtamenti factionem occurrere non poterat, quod communem agerent vitam, communi menſa vterentur, et ſic fructus nullos ſuos facerent. Similiter et *canonicae* teſtamenti faciendi ius habebant, in quo a *monialibus* diſtinguebantur. Liquet hoc ex diplomate fundationis monaſterii Eſſendienſis *de Anno* 873. apud SCHADENIVM *lib. III. annal. Paderborn. p.* 175. vbi ALFRIDVS epiſcopus eccleſiae Hildeſienſis fundator ita cauet: *Si quae vero ſanctimonialis ibidem habet propriam domum, aut alied aedificium vel a ſe emtum vel dono ſibi datum, vel aliquas res vnde libet iuſte acquiſitas, nihilominus ex omnibus ſupra dictis neque abbatiſſa, neque alius aliquis ei auferat, neque vllo modo auferendum ſuadeat, ſed eadem ſanctimonialis libero arbitrio eandem domum et cuncta, quae inibi poſſidet, ſorori ſuae, vel amico ad eccleſiam pertinenti abſque vllius contradictione, ſiue morti ſit proxima, ſiue vitae, quocunque modo volue-*

Digitized by Google

voluerit, tradat. Poſtquam vero canonici circa ſeculum X. hanc vitam communem deſerebant, praebendisque ſibi aſſignatis fruebantur, ad hoc vero emendandum, quidam ad vitam communem reuocati *voto paupertatis* adſtringebantur; inualuit adducta diſtinctio, quae ingentem iurium diverſitatem ſimul introduxit. *Seculares* ſeorſim viuebant, et quia proprietati haud renunciauerant, condendi teſtamentum facultatem haud amiſerant: *Regulares* vero per *votum paupertatis* omni proprietati renunciabant, adeoque profeſſione facta, ſimul amittebant, ex doctrina cleri, teſtamenti factionem, cum monachis aequiparati fuerint, quibus teſtamenti factio interdicta eſt *c.* 2. *X. de teſtam.* Vnde eſt, quod clericus, qui indultum papale obtinuit de diſpoſitione libera ratione fructuum eccleſiaſticorum, teſtamentum condere non poſſit, ſi poſtea fiat regularis, LVCA in *theatr. verit. & inſtit. tom. IV. de teſtam. diſc.* 9. *n.* 5. *ſq.* nec aliter epiſcopi, qui ſunt regulares, teſtamenti factionem habere poſſint, quam ſi a pontifice ab hoc voto relaxentur. IDEM *c. l. n.* 7.

Monachi ante Iuſtiniani tempora teſtamenti factionem habebant.

§. XVII. Verum haec doctrina, quod *votum paupertatis* tollat teſtamenti factionem, olim non adeo rigide obſervabatur, quin potius THOMASSINVS multis documentis in *tr. de nou. et vet. eccleſ. diſc. P. III. lib.* 2. *c.* 43. oſtendit, paſſim etiam monachos *poſt profeſſionem* de bonis ſuis diſponere potuiſſe: IVSTINIANVS tamen in *nou.* 76. iis teſtamenti factionem ademiſſe videtur, diſponens: *Quoniam noſtrae pietatis lex vult, eos, qui ſe monaſteriis dederint, ſeu viros, ſeu mulieres, antequam ingrediantur monaſterium eo, quo voluerint, modo, quae ſua ſunt, diſponere, nec poſſe, poſtquam ingrediantur monaſterium, vlterius agere quicquam de propriis, vtpote domini rerum non exiſtentes vlterius, eo quod ſanciuerimus nos huiusmodi viros et mulieres cum corpore et anima ipſo ingreſſu ad monaſterium dedi-*

Digitized by Google

dedicare ſe ſuasque ſubſtantias, et ſi quidem diſceſſerint, manere etiam ſic eorum ſubſtantias in monaſterium, eo quod domini harum vlterius non exiſtunt. Declarat haec *nou.* 76. ſenſum *nou.* 5. *c.* 5. qua diſpoſitum, vt ante ingreſſum in monaſterium cuilibet libera poteſtas ſit diſponendi de rebus ſuis, non vero poſtea, *quod non amplius dominus ſit rerum ſuarum.* Quia vero hanc legem quidam trahebant etiam ad eas perſonas, quae tempore eo, quo *nou.* 5. lata erat, intrauerant monaſterium, IVSTINIANVS in *nou.* 76. *c.* 1. hoc minime fieri debere cenſuit, ſimulque manifeſtiſſime declarat, ante hanc legem monachos diſponere de rebus ſuis potuiſſe, cum etiam his, qui ante hanc legem monaſterium intrauerant, liberam diſponendi concedat poteſtatem. *Propterea ſancimus*, ait, *ſi quis monaſterium habitauerit vir aut mulier ante praedictam hanc noſtram conſtitutionem aut hactenus habitat, et maxime filiis exiſtentibus, nullam habere neceſſitatem, nunc eorum ſubſtantiam in monaſterium, ſed filio aut filiae transmittere aut totam, aut etiam partem ſuae ſubſtantiae: aut etiam quo voluerit modo res ſuas diſponere: vtpote primam illam legem alia noſtra hac conſtitutione interpretante (eos enim, qui ſemel ante memoratam noſtram legem monaſteria intrauerint, in nullo poſtea poſita lex contriſtatura eſt, aut ablatura eorum, quae prius eis vt liceat, data ſunt,) neque prius noſtrae legi impedimentum penitus faciente, eo quod neque poſſibile ſit hoc fieri, vt oportuiſſet prius diſponere et ita ingredi in monaſterium. Si vero nulla tunc tali lege poſita, in monaſterium ingreſſa eſt: quomodo fieri potuerit conuerti ordinem legis, et exigere eos, qui prius ingreſſi ſunt monaſterium, illa facere, quae prius ignorata, poſtea per ſacram noſtram conſtitutionem ſunt innouata? Sed vnumquemque competit ſecundum ſua tempora expectare, et ea quidem quae poſt legem ſunt ita quaerere fieri, ſicut lex vult: Si quid autem*

Quod ex ipſis Iuſtiniani verbis illuſtratur.

ante

ante legem ſubſecutum eſt, hoc non commouere neque perſcrutari, ſed in priori figura relinquere. Poſt pauca §. 1. adhuc idem repetit: *Cum licentia ſit prioribus viris ac mulieribus, qui habitauerunt aut etiam hactenus habitant in monaſteriis, et maxime filiis exiſtentibus, ſuas res, quo volunt, diſponere modo.* Haec libertas ante IVSTINIANVM ipſa lege anno 455. lata ſtabilita erat, ceu colligi poteſt ex *l.* 13. *C. de SS. eccleſiis,* vbi etiam monialibus haec libertas permiſſa eſt. Deinde hoc quoque obſeruo, IVSTINIANVM non *propter votum paupertatis,* ſed alia de cauſa teſtamenti factionem iis ademiſſe, quod ipſo ingreſſu ſe ſuaque dedicent Deo, et monaſterio acquirant, quod nouiter primus inſtituit, ex qua ratione etiam deſumta eſt *nou.* 123. *c.* 38. qua *certo caſu* monachis diſponendi poteſtas eſt reſeruata et in *nou. Leon.* 5. adhuc confirmata. Neque poſt IVSTINIANI tempora *in occidente* deſiit diſpoſitio de bonis, quamuis votum *paupertatis* monachi facerent, donec tandem *lib. VI. capitul. Caroli M. c.* 108. ius orientalium Caeſarum confirmatum fuerit.

Quare Iuſtinianus eis ademit teſtandi ius.

§. XVIII. Plenius iam et generalius religioſis profeſſis iure canonico interdicta eſt teſtamenti factio in *c.* 2. *X. de teſtam.* vbi pontifex ſimul prouocat ad leges ciuiles, ſecundum quas monachi per profeſſionem omnem ſuam ſubſtantiam, de qua haud diſpoſuerunt, in monaſterium transferunt. Vnde liquet, 1) per ius canonicum *nou.* 123. *c.* 38. haud eſſe ſublatam, tum quia in decreto Gratiani in *c.* 9. *c.* 19. *qu.* 3. repetita, et, vt loquuntur, *regiſtrata* eſt: tum etiam, quod Pontifex in *cap.* 2. *cit.* vnice ſe ad leges ciuiles in hac materia referat, et inde deciſionem petat. Vnde etiam monachis ſecundum dictam *nou.* 123. integrum eſt, inter liberos bona diuidere, ſi ante profeſſionem teſtamentum haud condiderunt. 2) *Nouitius,* antequam profeſſionem facit, condere teſtamentum valide poteſt, cum

Iure canonico monachi a teſtamenti factione excluſi.

excepto caſu nou. 123. *c.* 38.

Nouitius teſtari poteſt.

Digitized by Google

cum adhuc laicus reputetur, et ratio excludens teſtamenti factionem ceſſet. COVARRVVIAS *ad c. 2. X. de teſtam. n. 9.* HARPRECHT. *de teſtam. pagan. in hoſtico confect. th. 100. n. 15.* Inde etiam prius factum reuocare non prohibetur. BARBOSA *de offic. et poteſt. epiſc. alleg. 99. n. 13.* TAMBVRIN. *de iure Abbat. diſp. 4. qu. 13.* Poſt profeſſionem vero ſicuti teſtamentum condere, ita ante conditum reuocare nequit, quia ita per indirectum de bonis ſuis diſponeret. BARBOSA *c. l. n. 14.* THESAVRVS *L. II. qu. forenſ. 55. n. 1.* HARPRECHT. *cit. l. th. 100. n. 23.* Ceterum quamuis in *concil. Trident. ſeſſ. XXV. de regular. c. 16.* cautum fuerit, *quod nulla renunciatio aut obligatio nouitii ante profeſſionem facta obliget, niſi cum licentia epiſcopi ſiue eius vicarii intra duos menſes mox ante profeſſionem facta fuerit*, haec tamen ſolennitas non deſideratur in teſtamentis condendis, quia per haec non ligatur nouitius, ſed, his non obſtantibus, adhuc ei ſemper integrum eſt, a profeſſione deſiſtere, quae *per indirectum* impeditur, ſi per *renunciationem* aut *donationem inter viuos* bona ſua in alterum ſub ſpe profeſſionis faciendae tranſtulit. BARBOSA *in collect. ad conc. Trid. cit. l. n. 14.*

Teſtamentum ante profeſſionem factum non ſtatim praebet ſucceſſionem poſt profeſſionem, ſed demum poſt mortem.

§. XIX. Profeſſione facta, teſtamentum, antea factum, ſtatim conualidari videtur, cum, vt antea monui, reuocari nequeat. Inde quaeſtio emergit, an teſtamentum tale vires ſtatim accipiat a *tempore profeſſionis*, an vero mors *naturalis* eius expectari debeat ad effectum ſuccedendi? Equidem SANCHEZIVS *in oper. moral. tom. II. lib. 7. c. 3. n. 54. ſeq.* diſtinguit inter religioſum profeſſum in religione *capaci* et *incapaci*, vt primo caſu expectanda ſit mors naturalis, non ſecundo. Dicitur autem *religio incapax*, in qua ne quidem monachi *in communi* bona poſſidere queunt, qualis eſt *mendicantium*, quamuis hodie bona poſſidere queant. Cardinalis de LVCA *de teſtam. diſp. 35. n. 7.* hanc quaeſtionem *voluntatis* eſſe, et ſic ex praeſumta teſtatoris

Digitized by Google

voluntate deſuper ſtatuendum eſſe docet. Alii generatim tempus *profeſſionis* reſpiciendum eſſe cenſent, quod monachi *ciuiliter pro mortuis* habeantur *c.* 8. *c.* 6. *q.* 1. HARPRECHT. *diſſ. de teſtam. pagan. in hoſtic. confect. th.* 100. *n.* 16. *ſeq.* Inde porro concludunt, hic adeſſe caſum *legitimae viuentis.* BERLICH. *P. III. concl.* 14. *n.* 32. Verum, ratione iuris conſiderata, arbitror indiſtincte mortem monachi expectandam eſſe: quamuis enim in *auth. ſi qua mulier. C. de SS. eccleſ.* dicatur, quod pater, qui intrauit monaſterium, poſt profeſſionem poſſit diuidere bona inter liberos, non tamen ſimul aſſeritur, quod liberi *ſtatim* bona petere poſſint, imo *in fin.* expreſſe dicitur, quodſi pater bona non diuiſerit, nullumque teſtamentum condiderit, liberi *poſt mortem* demum legitimam capere, reliqua vero ſubſtantia monaſterio cedere debeat. Nec etiam tranſitus in monaſterium illa mors eſt, quam teſtator reſpexit, nec de eo caſu teſtatorem cogitaſſe dici poteſt. vid. THOMASII *diſſ. de legitima viuent. c. I.* §. 6. Nec obſtat, quod poſt ingreſſum in monaſterium teſtamentum amplius mutare non poſſit, inde enim non fluit, quod *ſtatim* ſucceſſioni locus eſſe debeat, ſicut teſtamenta coniugum reciproca, eo munita pacto, ne alter inuito altero id mutare poſſit, ſtatim firma ſunt, licet non ſtatim ſucceſſio inde eueniat. Haec demum firmatur per *veram mortem*, et quinam ex heredibus inſtitutis ſuccedere poſſint, inde iudicatur. Nec denique aliquid roboris habet ratio, quam B. HARPRECHT. *c. l.* adducit, quod hic *mors ciuilis* eundem effectum habeat, quam *naturalis:* id enim in quaeſtione eſt, cum nec in iure aequiparentur vbique, vti ipſe non diffitetur *cit. l. n.* 18. nec proprie *mors ciuilis* talis adſcribi poſſit monachis, qualis adſcribitur maximam mediamque capitis diminutionem paſſis, cum monachorum adhuc ratio habeatur in ſucceſſione ab inteſtato, vt infra dicam, et monaſterium eorum perſonam

Digitized by Google

ſonam repraeſentet. Proinde quamdiu viuit teſtator monachus, nec eſt *hereditas*, nec haec *iacens* dici poteſt. Monaſterium interim hoc adminiſtrat, nomine monachi fructus percipit, quia hi teſtatori acquiruntur, vel potius per eum monaſterio. LVCA *tom. IV. de teſtam. diſc.* 36. *n.* 9.

Teſtamentum per ingreſſum in monaſterium non rumpitur.

§. XX. Porro communiter exiſtimant, teſtamentum antea conditum per ingreſſum in monaſterium rumpi, ſi illud eo factum tempore, quo de vita monaſtica eligenda nondum cogitauerat. BRVNNEM. *ad auth. Si qua mulier, cit. n.* 6. FERDIN. VASQVIVS *quaeſt. illuſtr. c.* 102. *n.* 2. *ſqq.* Haec vero ſententia nullo iuris colore roborari poteſt. Vtroque enim iure permiſſum eſt, vt ingreſſurus monaſterium de bonis ſuis libere diſponere poſſit: *nou.* 5. *c.* 5. *auth. ſi qua mulier. cit.* quomodo ergo rumpi poteſt, quod antea legitime conditum erat, cum, eo ſaluo, teſtator monaſterium intrare queat? COVARRVV. *ad c.* 2. *X. de teſtam. n.* 10. quin potius hoc caſu monaſterium excluditur, in quo nihil ipſi relictum. LAVTERBACH. *ad tit. qui teſtam. fac. poſſ.* §. 34. *in fin.* Eremitarum ſane eſt diuerſa ratio a monachis, qui profeſſionem non edunt, bona poſſidere, et ſic quoque teſtari optimo iure poſſunt. FRANC. NIGER CYRIACVS *controu. for.* 300. *n.* 18. *et* 19.

Ordines militares quatenus teſtari poſſint.

§. XXI. Monachis, prout ſupra dixi, proxime accedunt *ordines militares*, qui vt plurimum *tria vota principalia* edunt, vt ea propter *voto paupertatis* impediantur, teſtamentum condere. RICHTER. *vol. II. conſ.* 115. *n.* 2. *et* 20. MENOCH. *de A. I. Q. vol. II. cent.* 1. *c.* 56. *n.* 12. In literis confirmationis ordinis Iohann. Bapt. ab imperatore LEOPOLDO Anno 1662. ordini datis, quas adducit BECMANNVS *in denen Anmerkungen von dem ritterlichen Iohanniter Orden c. III.* hoc diſertis exprimitur verbis: *Non licet igitur, nec quoque modo permittitur, Baiuliuis, Prioribus, Caſtellaneo, Empoſtae, Commendatariis, aut aliis ordinis noſtri*

noſtri fratribus teſtamentum condere vel heredem inſtituere, ſeu legata facere, atque etiam ſeruitoribus ſeu aliis aliquid elargiri. conf. cardinalis de LVCA *cit. tr. de teſtam. diſc.* 9. *n.* 4. *et diſc.* 35. *n.* 9. CASPAR de GRASSIS *dec.* I. *n.* II. *de prob.* MENOCH. *tom. IV. conſ.* 54. *n.* 17. ALOYS. RICCIVS *p. I. collect. deciſ.* 216. Equidem RICHTER. *conſ.* 115. *n.* 27. cenſet, iura haec antiquata eſſe, et quidem ex hac ratione, *weil ſie mit ritterlichen, mannlichen Thaten umgehen, und zu ſchaffen haben, auch nicht mit Hunger und Kummer,* in vilitate et paupertate *der Bettel-Particken genieſſen, ſondern vielmehr ſtattlich geehrte und hochbegüterte Leute ſind, immaſſen ſie denn auch ſchwerlich alle Tage* 150. Pater noſter *beten, ungeachtet die alten* ſtabilimenta *ſolches nicht minder erfordern und haben wollen,* vsque adeo, vt militum Rhodianorum ſtatum hodie ex palpabili ratione mutatum extare non immerito referat FR. VIVIVS *deciſ. Neap.* 446. *n.* 7. *lib.* 3. eorum maxime, qui ſuas commendas habent, quarum liberi ſunt adminiſtratores, VIVIVS *d. deciſ.* 446. *n.* 18. NATTA *conſ.* 507. *n.* 14. *tom.* 3. quique religioſi appellantur non proprie, ſed largo modo. ABB. *in rubr. de regul. prop. fin. etc. Dannenbero,* pergit RICHTER. *cit. l. n.* 29. FR. VIVIVS *d. deciſ.* 446. *n.* 19. *abermahl poſt* NATTAM *conſ.* 508. *n.* 21. *gar vernünftig und wohl arguiret, conſtitutiones illas antiquas eo tempore editas fuiſſe, quo fratres Hieroſolymitani ipſi tenebant hoſpitale in Hieruſalem, et templarii ſiue hoſpitalarii nuncupabantur, poſtea vero ſubſecutas ordinis conſtitutiones, quae permiſerunt fratribus acquirere et pecunias habere, daß alſo ex antiquis illis conſtitutionibus ad haec noſtra tempora et praeſentem equitum Hieroſolymitanorum ſtatum nichts beſtändiges zu ſchlieſſen iſt. Et magis in ſpecie, quod teſtandi etiam facultas militibus illis Rhodianis actiua derogari poſſit, docet et euincit* POLYTT. *tr. d. ſubſtit. rubr. de compendioſa,*

Digitized by Google

dioſa, n. 14. RIPA *in l.centurio. n.* 10. *in f. D. de vulg. ſubſt.* IAC. BERETTA *conſ.* 106. *n.* 6. *lib. I. quo pertinent., quae notat* WESENBEC. *conſ.* 59. *n.* 23. *p.* 2. *et conſ.* 19[illegible] *n.* 7. *p.* LVDOLPH SCHRADER *conſ. II. in f. vol. I. ea nimirum, quae de commendis iure canonico tradita ſunt, in ſummis curiis hodie ad amuſſim non ſeruari.* Verum ita merito eſſe debebat, prout RICHTERVS hic philoſophatur, quod vero, non obſtante ſtatus mutatione, adhuc hodie antiquo iuri inſiſtatur, ex adductis verbis *litteris confirmationis* liquet, quae etiam repetita ſunt in noua confirmatione IOSEPHI imperatoris de Anno 1708. relata ab ANTONIO FABRO *in der Staats-Cantzley tom. XVII. p.* 818. *ſeq.*

§. XXII. Proinde neceſſum eſt, vt, antequam profeſſionem faciant, teſtamentum condant, id quod vtplurimum fieri ſolet; aut vero vt indultum a magno magiſtro ordinis impetrent, diſponendi de bonis patrimonialibus, quod ibidem facile iis indulgeri ſolet. Quin etiam ſine graui difficultate impetrare praeterea poſſunt licentiam, diſponendi de quinta parte redituum acquiſitorum ex bonis ordini deputatis, obſeruante LVCA *de teſtament. diſc.* 91. *n.* 2. *ſeq.* Id quoque inter alia liquet ex ſtatutis ordinis Iohannitici, quorum verba adducta ſunt *in litteris confirmationis* antea tactis, huius tenoris: *Ordiniamo, ch' il Maeſtro poſſa encor dar licenza et autorita a fratelli dell' ordine noſtro, di vendere, donare ed alienari qualſi voglino beni, ſtabili però ſolamente paterni, quanto materni d' Aſcendenti è collaterali à loro ſpettanti et appartenenti, par ragione d' heredita è ſucceſſione, ò di legato, e di quelli diſponere, coſi trà vivi come in articulo di morte, ed di potere per la ricuperatione di detti boni comparire, letigare, et trattare coſi in giuditio comi fuori.* Conf. RICHTER. *cit. l. n.* 4.

Poſſunt tamen indultum impetrare a magiſtro ordinis teſtandi.

§. XXIII. Hoc indulto non indigent proteſtantes ordinibus hiſce adſcripti, qui *votum paupertatis* haud fecerunt:

Praxis proteſtantium quoad ordines

Digitized by Google

militares et monaſteria.

runt: in his enim ceſſat ratio prohibitionis, et eodem iure cenſentur, quo reliqui canonici, quibus teſtamenti factio permiſſa eſt. Si qui autem ſunt, qui voto ſe obſtringere debent, ſimul teſtamenti factionem amittunt. Eadem eſt ratio Abbatiſſarum et virginum, quae in monaſteriis, A. C. addictis, viuunt, quippe quae *voto paupertatis* non ligantur, et ita quoscunque velint, heredes inſtituere, iisque ſua bona relinquere poſſunt, ad inſtar *canoniſſarum ſecularium*, niſi *ſtatuto* peculiariter impediantur. Obſeruat enim BRVNNEMANNVS *lib. II. iur. eccleſ. c.* 10. *in f. et c.* 12. *in f.* iuris veteris veſtigia in nonnullis monaſteriis reformatis et Gerontocomiis ac Ptochotrophiis reperiri, vbi ſua pio loco relinquere tenentur, quo caſu non *voto* quidem, bene tamen *ſtatuto* impediuntur, quod intrantes in monaſterium vel domum religioſam omnia ſua addixerint, ceu olim IVSTINIANVS conſtituit. Similiter qui inter proteſtantes degunt monachi catholici, adhuc iure veteri ligantur, nec quoad hos aliquid immutatum eſt.

In Hiſpania ordines militares certo modo teſtari queunt.

§. XXIV. Simili ratione equites ordinum militarium in aliis regnis ſpeciali pontificis diſpoſitione acceperunt teſtamenti factionem, non obſtantibus votis praeſtitis. In Hiſpania GREGORIVS XIII. Anno 1576. equitibus S. Iacobi de Calatraua et de Alcantara priuilegium hoc indulſit, *vt poſſint quomodo libet diſponere et teſtari, de rebus, fructibus, bonis immobilibus ac ſe mouentibus, cum etiam his matrimonium inire ſpeciatim conceſſum, votumque caſtitatis in matrimonio conſeruare teneantur.* Antequam haec licentia matrimonii ineundi iis conceſſa erat, teſtari non poterant, ſed ordo ſuccedebat, prout plenius declarat MENDO *de ordinib. militar. diſqu.* 5. *q.* 1. *n.* 3. *ſq.* Econtrario *fratres clerici* ordinis D. Iacobi in his ordinibus tali plena libertate non gaudent, ſed hi, qui beneficia eccleſiaſtica poſſident, ſingulis trienniis a priore monaſterii veniam expoſcere

poſcere

Digitized by Google

poſcere debent, quo facto quidem teſtamenta condere queunt, vt tamen quintam partem bonorum ſuis monaſteriis relinquant. Si hanc licentiam debito tempore haud petierint, monaſterium eorum bona omnia capit. IDEM *cit. l. qu.* 2. *n.* 9. Reſtrictior eſt facultas condendorum teſtamentorum fratrum clericorum Calatrauae et Alcantarae, vt IDEM *cit. l. q.* 3. declarat, adeo, vt ſi vel maxime licentiam impetrauerint, nihilominus tamen ordini adhuc integrum ſit, vtrum velit voluntatem eorum exequi, an vero quaedam in ea immutare. Ipſi enim dicuntur, omnia, quae poſſident, poſſidere nomine ordinis, et ſic quoque diſpoſitio eorum ſubiecta eſſe dicitur ordinis voluntati, cum licentia data reuocabilis ſit, vt MENDO *c. l. q.* 4. plenius declarat, quo ipſo reuera diſpoſitio fratrum clericorum collata videtur in voluntatem ordinis, vtpote cui ſuam voluntatem per votum obedientiae ſubmittere debuit.

Filiisfamilias clericis liberam concedunt teſtandi facultatem.

§. XXV. Atque haec quidem generatim ad *clericos* ſpectant. Speciatim vero *clericis filiisfamilias* priuilegium concedunt, vt de omnibus bonis, quomodocunque acquiſitis, modo non intuitu eccleſiae vel ex reditibus beneficiorum acquiſita, libere poſſint diſponere vltima voluntate, eaque indiſtincte ad peculium *quaſi caſtrenſe* referri debeant, cum, quae aliis ſint *aduentitia*, in clericis ſint *caſtrenſia*, vt loquuntur CAROLVS de GRASSIS *de effect. cleric. effect.* 19. *n.* 61. cardin. de LVCA *tom. IX. theatr. ver. et iuſt. de ſeruit. diſc.* 61. *n.* 2. PASCHAL. *de virib. patr. pot. p. I. c.* 3. *n.* 6. ANDREOL. *contr.* 326. Excipiunt tamen bona acquiſita ante clericatum, quod in eis patri non poſſit praeiudicare in vſufructu ipſi competente. ANDREOL. *c. l. n.* 4. Imo nonnulli quoque liberam filiofamilias clerico concedunt facultatem, vt etiam de acquiſitis ex clericatu, et eius contemplatione teſtari queat, prout IDEM cenſet *c. l. n.* 5. Hac ſtante hypotheſi clericorum filiorumfamilias longe

melior

Digitized by Google

melior eſt conditio, quam aliorum, cum ita de *hereditate materna*, pendente clericatu delata, diſponere queant, nec patri in eam vſusfructus deferatur, id quod, ſi verum eſt, non poteſt non a iure communi recedere. Fundamentum huius deciſionis plane inſolitae petunt ex *auth. presbyteros. C. de epiſc. et cler.* et ex *c.* 9. *X. de teſtam.* ex quibus tamen vix vllum praeſidium illi afferri poteſt.

Contrarium oſtenditur.

§. XXVI. Hoc vt eo euidentius reddatur, praemitto, iam in *l.* 34. *C. de epiſcop. et cler.* a LEONE et ANTHEMIO ſancitum fuiſſe, vt, quidquid clerici filiifamilias ex *officio eccleſiaſtico* acquiſiuerint, id iure *peculii quaſi caſtrenſis* cenſeri debeat. Nec enim de *aliis acquiſitis* textum intelligendum eſſe, res ipſa loquitur. Aiunt imperatores: *Ea, quaecunque in eodem clericatus gradu locoque viuentes acquirere, et habere potuerint*, ſcilicet, qua tales, tanquam clerici, *etiamſi in patris auique aut proaui poteſtate conſtituti ſint, et adhuc ſuperſtites habeantur, tanquam bona propria vindicent, de his eis teſtandi vel donandi libera facultate conceſſa.* Non de *lucris aduentitiis* hic quaeſtio eſt, ſed de his, quae *ex officio ſacro*, vel eius intuitu acquiruntur. De his ratio dubitandi poterat moueri, quod epiſcopis tum per concilia quaedam particularia, tum ſententias patrum intercluſa videretur diſponendi de his poteſtas, prout §. 5. *ſqq.* oſtendi. Orientales epiſcopi ſe ad hanc doctrinam componere noluiſſe videntur, hinc, lege lata, iis proſpiciendum fuit. Imo nec de *filiisfamilias* ſolum loquitur textus, quorum tantum per modum *ampliationis* facit mentionem, quod colligo ex verbis: *etiamſi in patris* &c. quin potius etiam de iis loquitur, qui ſunt *ſui iuris.* De eo ſane nulla dubitandi ratio aderat, quod de *bonis extra clericatum quaeſitis* diſponere poſſent, ergo de iis quoque lex intelligi nequit. Sed IVSTINIANVS magis ſe accommodauit ad ſententias patrum, vt ex ſubiectis *authenticis*

quae officio ſacro acquiruntur, tantum peculii quaſi caſtrenſis ſunt, non aliunde acquiſita.

Digitized by Google

ticis liquet, ex quibus *l.* 34. *cit.* admodum reſtricta eſt. Oſtendi vero §. *VII. ſeq.* IVSTINIANVM etiam noui quid conſtituiſſe in ſolis epiſcopis et aliis prouiſoribus domuum religioſarum, quoad ceteros clericos iura antiqua intacta reliquiſſe. De his ait in *nou.* 123. *c.* 19. *et auth. presbyteros. C. de epiſc. et cleric. presbyteros et diaconos et ſubdiaconos, cantores et lectores, (quos omnes clericos appellamus) res quolibet modo in dominium eorum venientes habere in ſua poteſtate praecipimus, ad ſimilitudinem caſtrenſium peculiorum, et donare, cui volunt, ſecundum leges, et in his teſtari, licet ſub parentum poteſtate ſint.* Hic textus plerisque interpretibus fuit lapis offenſionis. Ex praeconcepta opinione, quam ex iure canonico *tit. X. de teſtam.* hauſerant, ſuppoſuerunt, IVSTINIANVM tum in *l.* 42. §. 2. *C. de SS. eccleſ.* tum in *nou.* 131. *c.* 13. de *quibuslibet* clericis diſpoſuiſſe, eosque a teſtamenti factione ratione *redituum eccleſiaſticorum* excluſiſſe. Ex hoc erroneo ſuppoſito non poterant non concludere in *authent. presbyteros cit. et nou.* 123. *c.* 19. non agi de illis acquiſitis, quae clericis *ex officio eccleſiaſtico* vel eius intuitu obuenerunt, ſed potius de *extraneis* et *aduentitiis* lucris, et ſic ſingulare quid in iis textibus quoad *filiosfamilias* conſtitutum fuiſſe, vt filiifamilias clerici de his etiam diſponere poſſent, patri omni vſufructu ademto, et quae in aliis filiisfamilias ſint aduentitia, quoad clericos peculii caſtrenſis eſſe videantur. Huic ſententiae nouum praeſidium quaeſierunt ex generali *legis* diſpoſitione, *quae res QVOLIBET MODO ad dominium eorum venientes* complectitur. Verum hoc ſuppoſitum erroneum eſſe iam ſupra oſtendi. Quod in epiſcopis ſpeciatim IVSTINIANVS ante conſtituerat, ex rationibus §. 8. adductis, noluit extendere ad ceteros clericos, his liberam et illimitatam reliquit teſtamenti factionem, vt de quibuslibet rebus, *quolibet modo*, etiam ex reditibus eccle-

nec contrarium Iuſtinianus conſtituit in nou. 123. *c.* 19.

ſiaſticis, teſtari poſſent. Addit nouam extenſionem, *licet ſub parentum poteſtate ſint*, quae tamen de terminis habilibus intelligi debet, non de iis bonis, quae ſub peculium *aduentitium* cadunt, ſed quae ſub cenſum *bonorum quaſi caſtrenſium* cadere poſſunt, qualia vnice ſunt, quae ex *officio ſacro* et intuitu eius acquiruntur. Nec captanda ſunt verba: *ad ſimilitudinem caſtrenſium peculiorum*, ex quibus inferunt, vnice imperatorem in cit. *authent.* agere *de clericis filiisfamilias*, quod tamen aperte falſum eſt, quia alias verba mox ſubſequentia: *licet ſub parentum poteſtate ſint*, non tantum fruſtranea, ſed plane abſurda forent. In prioribus verbis in genere clericis, qui *ſui iuris* ſunt, in omnibus acquiſitis attribuit plenum dominium, et hoc declarat tantum *ſimilitudine* peculii caſtrenſis, quod omnimodam proprietatem inducit. Similitudo autem non facit rei identitatem. In verbis poſterioribus demum diſpoſitionem extendit ad *filiosfamilias* ad ductum *l.* 34. *C. de epiſc. et cleric.* quae extenſio tamen de *aduentitiis* intelligi nequit, vtpote de quibus liberis teſtamenti factio interdicta. Nec temere correctio iurium facienda, quin potius talia cenſeri debent praedicata, qualia a ſuis ſubiectis patiuntur. Multo minus vero ex *c.* 9. *X. de teſtam.* ſententia contraria formari poteſt, quae aperte loquitur de clericis *ſui iuris*, dum oſtendit, clericos de his teſtari etiam poſſe, quae *paternae ſucceſſionis* intuitu adepti ſunt, quod ipſemet LVCA *de teſtam. diſc.* 34. *n.* 4. *in f.* non diffitetur.

Clerici in modo teſtandi non gaudent priuilegio militari.

§. XXVII. De forma quoque teſtamentorum a clericis conditorum controuerſias motas eſſe deprehendi. Sunt, (1) qui clericos exaequant *militibus*, eosque vocant *coeleſtis militiae milites* cum NOVARIO *deciſ.* 141. *n.* 3. vel *milites Dei c.* 19. *c.* 23. *q.* 8. quo intuitu eis etiam *ſtipendia militiae clericalis* aſſignari dicuntur in *c.* 4. *X. de praeb.* quae denominatio etiam occurrit in *conc. Trid. ſeſſ. XXV. de reform.*

Digitized by Google

reform. c. 14. Quin quod paſſim *eccleſiae militare* dicantur *c.* 1. *X. de cleric. aegrot.* quod non minus quam milites in caſtris militent, et in perpetua expeditione eſſe videantur, CAROLVS de GRASSIS *de effect. cleric. eff.* 19. *n.* 4 *ſeq.* adeoque validum ſit argumentum de milite armatae militiae ad ſacris initiatum. IDEM *cit l. n.* 8. Quid ergo, an eodem, quo milites in *expeditione conſtituti* modo teſtamentum condere poſſunt? Vix de eo dubitandum videtur, ſi, quae adducta ſunt, ponderantur. Hoc adeo extendit IVLIVS CLARVS *ſentent. lib. III.* §. *teſtament. qu.* 28. *n.* 2. vt aſſerat, *eum, qui teſtatur ante religionis ingreſſum, contemplatione tamen ipſius ingreſſus, teſtari poſſe non ſeruata ſolemnitate iuris communis. Si enim*, pergit, *hoc permittitur militibus armatae militiae, multo magis permittendum eſt huic, qui de proximo accingendus eſt coeleſti militia.* Equidem inconuenientiam huius ſententiae ipſemet praeuidit, nihilominus tamen eam tenendam eſſe cenſet. Ait: *Licet haec opinio in puncto iuris patiatur aliquam difficultatem, tamen non credo, quod in practica obtineret propter autoritatem Bartoli et ſequacium.* O egregium Philoſophum! Quis crederet, antiquos interpretes tam miſere philoſophari potuiſſe? Hoc certum eſt planumque, iura ſingularia extendi non poſſe, ſed potius in dubio regulae ſtandum eſſe *L.* 14. *D. de LL.* Dicuntur clerici quidem *milites*, non tamen tales ſunt, quibus leges priuilegium indulſere, multo minus in ſtatu tali ſunt, quem priuilegiatus teſtandi modus deſiderat. Et quid ineptius eſt, quam novitiis, in procinctu ingrediendi monaſterium conſtitutis, illa priuilegia tribuere, quae militibus in procinctu conſtitutis data ſunt? Nec deterreor autoritate BARTOLI, quae adeo hodie exigua eſt, vt mirandum ſit, B. HARPRECHTVM *diſſ. de teſtam. pagan. in hoſtico confecto th.* 19. *in f.* cenſuiſſe, in praxi minus tutum eſſe a dicta BARTOLI ſententia

Nec monaſterium ingreſſuri.

tentia diuortium facere, cum tamen hic non legiſlator ſit, et infrunitae eius opiniones authenticam interpretationem non faciant. Denique nec hi, qui confugiunt ad *nou.* 5. *c.* 5. praeſidium opinioni ſuae conciliant, cum verba, *quo voluerint modo*, non *de forma teſtandi*, ſed *de libertate diſponendi* intelligi debeant. Conf. ENGEL. *de priuil. et iur. monaſt. priu.* 9. *n.* 4. *ſqq.*

Nec clerici caſtrenſes priuilegiatum modum teſtandi habent.

§. XXVIII. Alii itaque priuilegiatum teſtandi modum reſtringunt ad *clericos caſtrenſes*, *auf die Feld-Prediger*, docentque, illos quoque tunc *priuilegiato modo* teſtari poſſe, ſi ne quidem conſtituti ſint in expeditione, nedum in procinctu, conflictu vel hoſtico. MICHAEL GRASSVS §. *teſtamentum. qu.* 13. ANDREAS GERHARDVS *de iure teſtam. Diſſ. II. th.* 16. *n.* 1. Verum quis huiusmodi Doctoribus crederet, qui abſque omni iuris ratione philoſophantur? Sane ſi ne quidem milites, extra expeditionem conſtituti, abſque ſolennibus teſtari poſſunt, nec *clerici caſtrenſes* tale priuilegium ſibi vindicare poſſunt. HARPRECHT. *cit. l.* §. 82. Imo, quod magis eſt, ne quidem hi, in caſtris conſtituti, paria cum militibus iura habent, quia *pagani* ſunt, non *milites*, nec vllibi hoc priuilegium militare iis tributum eſt. Hoc facile largior, eos, ſi in *hoſtico* deprehenduntur, ibique deceſſerint, iure militari poſſe vltimam ſuam condere voluntatem. *l. ſ. D. de teſtament. milit. l. vn. D. de B. P. ex teſtam. milit.* B. HARPRECHT. *cit. l. th.* 25.

niſi in hoſtico deprehendantur.

nec poſſunt diſponere ſecundum formam c. 10. *X. de teſtam.*

§. XXIX. Rurſus alii ſunt, qui praeſidium quaerunt in *c.* 10. *X. de teſtam.* vbi noua forma teſtamentum condendi coram Parocho et duobus teſtibus ab ALEXANDRO III. praeſcripta eſt. Equidem non ignoro, quae ſit plerorumque Doctorum ſententia de praxi huius nouae formae. Illam plerique reprobant, et in praxi non obſeruari, ſed potius ius ciuile retinendum eſſe conſtat, prout pluribus docet

Digitized by Google

cet B. HARPRECHT *vol. nou. conſ.* 44. *n.* 633. *ſqq.* adeo, vt ne quidem ordines eccleſiaſtici imperii eam in ſuis territoriis receperint, praeſertim cum MAXIMILIANVS I. in *ordin. notar. de Anno* 1512. modum teſtandi ex *iure ciuili* approbauerit, et ſine dubio eum in finem eam promulgauerit, ne ad ius pontificium prouocandi vlla amplius ſupereſſet licentia. IDEM *cit. l. n.* 642. *ſqq.* Sed forſan maior dubitandi ratio ſupereſt de clericorum teſtamentis, annon illa, iuxta formam *cit. c.* 10. condita, valida ſint? Ita cenſuit ENGEL. *in colleg. iur. canon. tit. de teſtam. n.* 10. ex hac ratione, *quod, vbi ius ciuile et canonicum diſcrepant, clerici non ſubiaceant legibus ciuilibus, ſed canonicis.* Enimvero quamuis iuxta principia pontificiorum id admitti debeat in *cauſa mere eccleſiaſtica*, id tamen minime admittendum in negotio mere ſeculari, vbi clerici non conſiderantur, vt tales, ſed vt *ciues* et *ſubditi*, quia tunc potius legibus ciuilibus ſunt ſubiecti, et illis negotia ſua ciuilia accommodare debent, vt recte cenſuit PETRVS de MARCA *de concord. ſacerd. et imper. L. II.* §. 7. §. 8. Iam vero dictum eſt, in Germania ius ciuile expreſſe in cauſis teſtamentariis approbatum et praeſcriptum eſſe per *ordinat. notar.* a qua nec excipiendi ſunt clerici. Multo magis hoc dicendum eſt de clericis proteſtantibus, vtpote qui legibus poſitiuis ciuilibus, quatenus generatim contra ius canonicum valent, ſine omni haeſitatione ſubſunt. Et ſi vel maxime ENGELII ſententia vera eſſet in terris catholicorum, non poſſet tamen applicari ad clericos catholicos, in terris proteſtantium viuentes, vtpote qui in cauſis mere profanis ligantur legibus loci, prout cenſuit illuſtris Facultas iuridica M. Octobr. A. 1714. in caſu, quo reus inter alias exceptiones litis ingreſſum impedientes oppoſuerat, ſe *ex teſtamento* heredem eſſe, defunctum, vt clericum catholicum, priuilegiato modo diſponere potuiſſe, qua aliisque

Multo minus ſi clerici catholici inter proteſtantes viuunt.

 exce-

Digitized by Google

exceptionibus litis conteſtationem declinare ſtudebat. Hiſce tamen] non obſtantibus pronunciatum fuit: *Daß Klägere vor allen Dingen beſſer, als geſchehen, durch ein auf Erben und Erbnehmen, auch andern gehörigen* requiſitis *gerichtete Vollmacht, ſich* ad proceſſum *zu legitimiren; Beklagter aber ſeines Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage ſich einzulaſſen und zu antworten ſchuldig, und weiln Er ſolches bereits* in euentum *gethan, derſelben aber nicht allenthalben geſtändig; So ſind Klägere den Grund ihrer Klage, und ſo viel Ihnen daran verneinet, binnen Ordnungs-Friſt zu erweiſen verbunden; dawieder Bekl. ſein Gegen-Beweiß, Eydes-Delation und andere rechtliche Nothdurft vorbehalten wird, darauf ferner zu beſchehen, was Recht iſt; Von Rechtswegen.*

Inter *rationes decidendi* ſententiae ſubiectas etiam haec adferebatur:

Ferner aber die von Beklagten obiicirte Exception, daß nemlich der Defunctus *Iohann Adam Hertzberg, Ihn in ſeinem den* 28. Dec. 1713. coram notario et duobus teſtibus *errichteten* Teſtamento *zu ſeinem Univerſal-Erben aller ſeiner Verlaſſenſchafft inſtituiret und verordnet, demſelben geſtalten Sachen nach ebenmäßig nicht patrociniren kan; angeſehen, wenn gleich*

in c. 9. *et* 10. *X. de teſtam.*

von dem Pabſt ALEXANDRO III. *verordnet:* quod teſtamenta, quae parochiani coram presbytero ſuo, et tribus vel duabus aliis perſonis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma permanere debeant, *doch dieſe* diſpoſitio iuris canonici ad praeſentem caſum *gar nicht zu appliciren ſeyn würde; Indem nach Ausweiß des von Beklagten* ad Acta *producirten* teſtamenti fraterni *kein* Presbyter, *ſondern ein* Notarius, qui presbyteri perſonam hic repraeſentare non poteſt, *requiriret worden.* Forma enim a lege prae-

Digitized by Google

praeſcripta ſollicite et ad vnguem obſeruanda, alioqui nihil actum cenſetur.

REINKING. *de retract. conſangu. qu.* 7. *n.* 20. *ſeqq.*
CARPZ. *P. III. C.* 3. *D.* 24. *n.* 6.

Welches albier um deſtomehr in rechtliche Conſideration zu ziehen, als vermittelſt obangezogener Päbſtlicher Satzung die Verordnung des Käyſerlichen Rechtens emendiret und aufgehoben werden ſolle. Wiewohl geſetzten Fals, daß ein Notarius *die Stelle eines* Presbyteri *bey Errichtung derer Teſtamenten vertreten könne, dennoch das von Beklagten* teſtamentum quaeſtionis *noch lange nicht vor gültig zu erkennen ſeyn würde: anerwogen ſolche* diſpoſitio canonica *bewehrter Rechtslehrer Meynung nach nur allein* ad prouincias ſubiectas eccleſiae, ſeu ad patrimonium Petri pertinentes *zu reſtringiren.*

GONZALEZ. *in comment. ad cap. XI. de teſtam. n.* 14.
ENGEL. *in colleg. iur. canon. L.* 3. *tit.* 26. *n.* 12.

Keinesweges aber ad terras imperatoris aliorumque principum imperii etiam catholicorum *zu extendiren iſt.*

B. STRYK. *in vſ. modern. ff. L.* 28. *t.* 1. §. 3.
CARPZ. *P. II. C.* 4. *D.* 40.
LYNCKER. *in Analect. ad Deſſelii Erotemat. iur. Can. L.* 3. *tit.* 26. *qu.* 3.

Welche Meynung ſo vielmehr zu amplectiren, als auch andere de non vſu allegatae decretalis in Italia, et ipſa Roma *atteſtiren.*

VNGEPAVER. *ad c.* 10. *X. de teſtam. n.* 15.

So ſind wir bey ſo geſtalten Sachen, wie in vorherſtehenden Urthel geſchehen, allenthalben rechtlich zu erkennen, bewogen worden.

§. XXX.

Digitized by Google

Praelati tamen ex indulto pontificis ſine ſolennitatibus diſponere poſſunt.

§. XXX. Quia tamen hodie Cardinales, epiſcopi aliique praelati a pontifice impetrare ſolent indultum, vi cuius poteſtatem diſponendi liberam impetrant, vtplurimum quoque in eo illis remittuntur ſolennia. Deprehendi hoc ipſum in diplomate papali apud B. STRYKIVM *de Cautel. teſtam. in append. n.* 10. in quo epiſcopo Hildeſienſi data eſt poteſtas *diſponendi ſine aliqua ſolemnitate, etiam coram duobus vel tribus teſtibus duntaxat, ac etiam epiſtola vel ſchedula priuata, ſola manu eius ſubſcripta, aut quacunque vltima voluntate et diſpoſitione, etiam per viam ſimplicis diſtributionis ſeu contractus, omiſſis quibusuis ſolemnitatibus, etiam ſubſtantialibus et formis aliis requiſitis tam de iure communi, quam ſpeciali etiam in articulo mortis etc.* Tam ampla declaratione opus fuiſſe cenſuit curia Romana, quo omnibus dubiis occurreretur. Volunt enim interpretes, licentiam a pontifice impetratam diſponendi ſine ſolennitatibus, debere intelligi, *concurrentibus duobus teſtibus*, ANDREOLI *controu.* 309. *n.* 14. vel vt tantum remiſſa cenſeatur ſolennitas *iuris ciuilis*, non *canonici*, LVCA *tr. de teſtam. diſc.* 6. *n.* 2. quamuis hanc ſententiam ipſe LVCA *cit. l. n.* 4. recte reprobet. Interim tutius fuit, in ipſo diplomate rixoſis omnem aditum cauillandi praecludere. Ceterum quando *ſchedula* eiusmodi poſt mortem praelati reperta eſt, ante omnia inquirendum, vtrum pro *originali* haberi debeat, an vero ſit nuda delineatio voluntatis, nondum tamen ad effectum deducta, ſeu hac intentione ſcripta, vt pro teſtamento valeret? Solent homines plura in chartam conicere, vt tamen pro *abſoluta* et *perfecta declarata voluntate* illa ſcribens nondum habere velit. Ideoque hic ad coniecturas recurrendum, de quibus agit Cardinalis LVCA *cit. l. n. 6.* Simili ratione ſi vel maxime praelatus ſolenne teſtamentum condidiſſet, illud tamen vigore eiusdem indulti papalis, *per ſolam ſchedulam* manu

ſua

Digitized by Google

ſua ſubſcriptam, reuocare non prohiberetur, cum haec aeque valida ſit diſpoſitio, ac ſolennis ordinatio, et ſic effectum tollendi prius teſtamentum ſolenne habere deberet. IDEM *cit. tr. diſc.* 7. *n.* 2.

§. XXXI. Haec tamen ſolennium remiſſio, quae per *indultum papale* fieri ſolet, illa tollere non videtur, quae ad *voluntatis certitudinem* ſpectant, quod etiam in *militari teſtamento* obſeruant iura. §. 1. *I. de teſtam. milit.* Quodſi ergo praelatus, indulto huiusmodi inſtructus, *coecus* foret, ad minimum coram duobus teſtibus diſponere, iisque contenta teſtamenti manifeſtare, vel, quod commodius eſt, curare deberet, vt in horum praeſentia ipſi teſtamentum *ſcriptum* praelegeretur. *arg. l.* 8. *C. qui teſtam. facere poſſ.* ibique BRVNNEMANN. Similiter leges admittere noluere, vt illa, quae quis ſibi adſcripſit, valerent, *l.* 1. *D. de his quae pro non ſcript. l.* 14. *et* 15. *D. ad L. Corn. de falſ.* quod ad *ſolennitatem* minime ſpectat, ſed ad *voluntatem*, qua de cauſa cautum, vt illud non aliter valeret, quam ſi teſtator *ſpeciali ſua ſubſcriptione* vel *apoſtilla* id corroborauerit, *l. cit.* 14. vt voluntatis certitudini nihil deſit. Vnde etiam ne quidem ex *teſtamento militari*, in quo omnia ſolennia itidem remiſſa ſunt, valent, quae quis ſibi adſcripſit, *l.* 1. §. 7. *ad L. Corn. de falſ.* multo minus ergo valebunt ex teſtamento, quod ſecundum indultum papale conditum eſt, obſeruante LVCA *tr. de teſtam. diſcurſ.* 8. *n.* 5. *ſqq.* Par ratio eſt, ſi poſt impetratum indultum, inhabilitas naturalis ſuperuenerit, ob quam praelatus voluntatem ſuam declarare nequeat, veluti ſi deliquium mentis patitur, quod notabili exemplo, de epiſcopo, qui in dementiam inciderat, declaratum eſt in B. STRYKII *vſ. modern. tit. qui teſtam. fac. poſſ.* §. 4.

Saluis iis, quae ad voluntatis certitudinem ſpectant.

Digitized by Google

An epiſcopi de conſuetudine poſſint diſponere de bonis clericorum ab inteſtato decedentium.

§. XXXII. Hoc quoque ſingulare eſſe cenſent in teſtamentis praelatorum, vt, conſuetudine ita ferente, de clericorum ſine teſtamento decedentium bonis diſponere poſſint, ad minimum *pro eorum anima*, quam conſuetudinem rationabilem, nec a iuris ratione alienam eſſe contendit LVCA *de teſtam. diſc.* 14. *n.* 5. *ſeqq.* Exorbitans ſane haec eſt conſuetudo in iure ciuili, ſed non adeo in iure canico, ceu liquet ex *c.* 13. *X. de teſtam.* cum, vt aiunt, epiſcopus tanquam *pater ſpiritualis* ſupplere debeat id, quod defunctus veroſimiliter feciſſet, ſi morte impeditus non fuiſſet. Forſan haec conſuetudo, vbi adhuc viget, originem traxit ex iure antiquo *ſpoliorum*, vi cuius epiſcopi bona clericorum olim ſibi vindicabant, quod poſtea reſtrictum eſt. Imo haec conſuetudo a ſacra congregatione admodum reſtricta eſt, ne alias epiſcopi occaſionem inde nanciſcantur, ex bonis decedentium clericorum praedam ſibi facere, quod declarat LVCA *c. l. n.* 9. Cum vero haec omnia ideo defendantur, vt defunctus, qui ſine teſtamento deceſſit, *pro anima ſua* aliquid reliquiſſe videatur, ad clerum noſtrum hoc nullo modo applicari poteſt, cum *pro anima* ſecundum noſtram confeſſionem nihil relinquamus.

Herodem tamen inſtituere debent clerici.

§. XXXIII. Sicuti vero omnis teſtamenti caput et fundamentum eſt *inſtitutio heredis*, §. 34. *I. de legat.* ita circa hanc quoque quaedam ſingularia quoad *clericos* occurrere dicuntur. Primum eſt, quod his, qui ex indulto pontificio diſponunt, etiam remitti haec ſoleat, quod clare liquet ex indulto apud STRYKIVM *c. l.* quo epiſcopo Hildesienſi conceſſum, vt poſſit diſponere, *etiam omiſſis ſubſtantialibus.*

Filiifamilias clerici parentes aut libe ros praeterire nequeunt.

Alterum eſt, quod filiifamilias clerici in *peculio quaſi caſtrenſi*, ſeu bonis intuitu officii eccleſiaſtici quaeſitis, quemcunque heredem inſtituere poſſint, praeteritis etiam iis, quibus legitima debetur. Generatim enim in *l. f.* §. 2. *C. de*

Digitized by Google

C. de inoffic. teſtam. filiisfamilias, qui *de peculio quaſi caſtrenſi* diſponunt, hoc priuilegium datum eſt, *vt neque eorum teſtamenta inofficioſi querela expugnentur.* Dubitant nihilominus etiam interpretes, et ex optima ratione dubitant, an haec generalis diſpoſitio trahi etiam poſſit ad *clericos filiosfamilias?* quidam enim per *nou.* 115. *c.* 3. *et* 4. generaliter hoc eſſe correctum exiſtimant, quod in illa generaliter cautum ſit, ne teſtator *liberos* ſuos vel *parentes* exheredare vel praeterire aliter poſſit, quam ex cauſis ibidem determinatis. Verum recte reſpondet DONELLVS *Lib. XIX. c.* 5. legem poſteriorem generalem nunquam ea tollere aut corrigere, quae antea *ſpeciali iure* erant diſpoſita, adeoque ſub *nou.* 115. non comprehendi *filiosfamilias*, quatenus de peculio caſtrenſi vel quaſi diſponunt. *l.* 26. *ſeq. D. de LL.* Sed grauius dubium enaſcitur ex *nou.* 123. *c.* 19. et inde deſumta *auth. presbyter. C. de epiſc. et cleric.* vbi quidem *filiisfamilias clericis* de peculio *quaſi caſtrenſi* facultas ordinandi teſtamentum conceſſa eſt, hac tamen cum reſtrictione, *ſic tamen, vt horum filii, aut, his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.* Hac clauſula quoad *clericos* ius commune reſuſcitatum, quodque aliis filiisfamilias datum, clericis denegatum eſt, ſaluo tamen priuilegio alias filiisfamilias competente. Proinde ſi *clerici filiifamilias* parentes ſuos praeterierint vel exheredauerint, priori caſu teſtamentum nullum erit, poſteriori vero querela inofficioſi reſcindi poterit. BRVNNEMANN. *ad cit. l. in f.* DONELLVS *c. l.*

§. XXXIV. Non deſunt tamen, qui hoc limitant, niſi *clericus teſtator* eccleſiam, ordinem, vel monaſterium inſtituerit heredem, quo facto ne quidem neceſſe eſſe volunt, vt liberi vel parentes inſtituantur heredes in legitima, multo minus iis largiuntur querelam inofficioſi teſtamenti. V. ANDREAS TIRAQVELLVS *de priuil. piae cauſae, priu.* 14. ***Si vel maxime eccleſiam aut monaſterium heredem inſtituerit.***

priu. 14. Neque enim, aiunt, tale teſtamentum dici poteſt factum *contra officium pietatis*, ſed ſufficit, ſi liberi aliter legitimam conſequantur, imo praeſumendum eſſe cenſent, teſtatorem magis *animam ſuam* dilexiſſe, quam parentes liberosque, vt IDEM *priu.* 69. ait. Verum pertinent hi floſculi ad *impietatem cauſarum piarum*, quam interpretes imperite nimis promouerunt. Nullibi haec limitatio eſt fundata, et proinde merito tale teſtamentum, in quo parentes vel liberi praeteriti, inſtituta pia cauſa, annullandum eſſe cenſeo, cum RICHTERO *vol. II. conſ.* 115. Adducit praelaudatus ICtus caſum, quo commendator quidam, indulto a magiſtro ordinis impetrato, condiderat teſtamentum, ordinemque militarem S. Iohannis inſtituerat, praeterita matre: quod ab ordine ex hoc fundamento defendebatur, quod hic eſſet inſtitutus. Sed recte cenſuit *cit. l. n.* 17. teſtamentum illud nullum fuiſſe. Quamvis enim equites Hieroſolymitani monachis aequiparentur, ita, vt ordinem intrantes ſua ordini iam addixiſſe videantur, STEPHAN. GRATIAN. *diſcept. for. c.* 363. *n.* 24. adeoque matri nulla fiat iniuria, quae per teſtamentum excluſa eſt, cum nec ab inteſtato ad ſucceſſionem filii peruenire potuiſſe videatur, parum tamen roboris huic argumento ineſt. Nam 1) ſi commendatores indultum a magiſtro ordinis impetrant, de bonis ſuis diſponendi, ordo ius ſuum quoad bona remiſit, et ita in diſponendo commendator ius commune obſeruare debet. 2) Si liberi monaſterium intrant, parentes non prorſus excluduntur ab eorum bonis, vt conſtat ex *nou.* 117. *c.* 17. proinde commendatores eos excludere non poſſunt.

Nouitii tamen monaſterium praeterire poſſunt.

§. XXXV. Similis eſt ratio *nouitiorum*, qui ante profeſſionem teſtamenta condentes liberos ſuos vel parentes negligere non debent. *auth. ſi qua mulier. C. de SS. eccleſ.* Grauior autem ratio dubitandi ſupereſt, vtrum monaſterium

rium plane praeterire poſſint, an vero ei aliquid relinquere teneantur? Volunt enim monaſterium habendum eſſe loco *filii*, vel, vt alii cenſent, loco *parentum*, quod toto vitae tempore monacho ſuppeditet alimenta; vnde etiam eſſe videtur, quod, qui monaſterium ingreditur, ſua bona ſimul ei addicat. Inde ad minimum *legitimam* monaſterio relinqui debere, cenſent, et hoc non facto, ius illam petendi monaſterio integrum eſſe. COVARRVV. *ad c.* 2. *X. de teſtam. n.* 10. Aſt cogitandum eſt, hic quaeſtionem eſſe de *nouitio*, in quem monaſterium nondum aliquid iuris habet, adeoque nec *filii* nec *parentum* locum intrare poteſt. Profeſſione facta, quoad *acquiſitionem bonorum*, quae monachis deferuntur, rectius dici poteſt, monaſterium ſuccedere in locum monachorum, et quicquid his tanquam filiis debetur, monaſterio deberi, ſicut, quicquid tanquam parentes petere poſſunt, in ius monaſterii tranſit. Inde ſolent aſſerere, monaſterium eſſe loco *filii*, loco *parentum:* ad nouitios autem hoc plane applicari nequit. Quin potius IVSTINIANVS in *nou.* 5. *c.* 5. liberam iis relinquit diſponendi facultatem. *Illud quoque decernimus*, ait, *qui in monaſterium introire voluerit, antequam monaſterium ingrediatur, licentiam habere ſuis vti, quo voluerit modo.* Vnicus tantum exceptus eſt in *auth. ſi qua mulier. cit.* caſus, quo monaſterium quis ingreſſus eſt ſine diſpoſitione, et tamen liberos habet. Inter hos enim bona adhuc diuidere poteſt, *et quod eis non dederit, monaſterio competet. Sed ſi omnem ſubſtantiam inter eos filios diuidere voluerit, ſua perſona filiis connumerata, partem ſibi retineat, quae monaſterio competere debet.* Sed haec ideo, quia profesſionem iam fecit, et monaſterio in quaeuis eius bona ius acquiſitum eſt. Conf. ENGEL. *de priuil. et iur. monaſt. priuil.* 9. *n.* 11. BESOLD. *conſ.* 181. *n.* 98. MENOCH. *Lib. IV. praeſ.* 83. *n.* 2. *ſq.*

Digitized by Google

Quid iuris, ſi heres ſub conditione, ſi ſine liberis, inſtitutus monachus vel clericus fiat.

§. XXXVI. Inde quoque dependet deciſio quaeſtionis, vtrum monaſterium ſubſtitutum, ſub conditione: *ſi ſine liberis*, inſtitutum, excludat? qui affirmatiuam tuiti ſunt, hac potiſſimum ratione ſunt ducti, quod monaſterium non poſſit excludi, quod iam reiectum eſt. Ipſe MENOCHIVS *cit. l.* putat, hanc quaeſtionem eſſe *voluntatis*, et ex *praeſumtionibus* coniecturisque colligendam, quales plures affert *n.* 27. *ſeqq.* Equidem monaſterium alias ſuccedit monacho, quod potiſſimum vrgetur, ſed facile liquet, hoc intelligendum eſſe de bonis, de quibus monaſterium intrans diſponere potuit, quorſum non pertinent bona fideicommiſſo affecta, quae poſt eius mortem debentur fideicommiſſario, ſi voluntas defuncti ex circumſtantiis ſatis clara eſt, quod *reſtrictiue* huic prouidere voluit. Nec dici poteſt, conditionem defeciſſe, quod monaſterium ſit loco *filii:* hoc enim non tantum in hoc caſu falſum eſt, ſed praeterea etiam conſtat, manifeſtumque eſt, de tali filio ficto, et in cerebro interpretum nato, teſtatorem in praeſenti ſpecie non cogitaſſe. *l.* 17. §. 4. *D. ad Sct. Trebell.* Ceterum ſi teſtator generaliter et *indefinite* locutus eſt: *ſi ſine liberis deceſſerit*, ita vt *determinata diſpoſitio*, de qua antea actum, deficiat, eandem deciſionem locum habere exiſtimarem, niſi iuris diuerſa adeſſet deciſio, quam deprehendi in *l.* 53. §. 2. *C. de epiſc. et cler. nou.* 123. *c.* 37. et inde deſumta *auth. niſi rogati. C. ad Sct. Trebell, c.* 8. *X. de probat.* in quibus textibus expreſſe proviſum eſt, deficere conditionem adductam, ſi heres monaſterium ingreditur. Videntur legiſlatores ad *praeſumtam teſtatoris voluntatem* hic reſpexiſſe, quod in dubio fideicommiſſarium monaſterio praetuliſſe non videatur, quae praeſumta tamen voluntas ceſſat, quando aliunde de eius voluntate contraria conſtat, quod MENOCHIVS *c. l.* pluribus declarat. Deſideratur autem, vt heres fideicommiſſo

Digitized by Google

miſſo grauatus deceſſerit poſt profeſſionem: ſi in nouitiatu decedit, monaſterio praefertur fideicommiſſarius. MENOCH. *cit. l. n.* 73. VINCENTIVS FVSARIVS *de ſubſtit. qu.* 429. *ſqq.* Idem quoque in *cit. nou.* 123. *c.* 37. ad eum extenditur caſum, ſi fideicommiſſarius *clericus* factus fuit, quatenus, eo mortuo, bona ad eccleſiam deuoluuntur, cuius fauore hoc videtur introductum fuiſſe. FVSAR. *c. l. n.* 4. quando enim, mortuo clerico, extranei vel agnati ſuccedunt, de quo *cap. ſeq.* agendum eſt, his merito praeferendus eſt fideicommiſſarius.

CAP. II.
DE SVCCESSIONE IN BONA CLERICORVM INTESTATA.

ARGVMENTVM.

I. II. Succeſſio ab inteſtato olim admiſſa in bonis clericorum. III. Cautio in bonis eccleſiae ab hereditariis bonis epiſcopi ſeparandis. IV. Monitum epiſcopis datum, de bonis eccleſiae relinquendis. V. Abuſus in neganda ſucceſſione in bonis clericorum. VI. VII. Origines iuris ſpolii. VIII. Hoc ius a Principibus, Pontifice et epiſcopis exercitum eſt. IX. Eius rationes. X. Negatum epiſcopis in bonis clericorum inteſtatorum, ſed conſuetudine defenſum. XI. Non obtinet niſi in ſucceſſione ab inteſtato. Paſſim ſublatum eſt. XII. Vtrum clericis coniugatis ſuccedant liberi? XIII. In eorum hereditate non eſt Hergewetta. XIV. De ſucceſſione Canonicorum in gerada. XV. XVI. Succeſſio in bona clericorum ex quonam iure ſit aeſtimanda, ſtatutario an prouinciali? XVII. Clerico ſine herede decedenti ſuccedit eccleſia, cui deſeruiit. XVIII. Nouitiis ſuccedunt heredes ab inteſtato. XIX. Monachi bona, deficiente

Digitized by Google

ficiente diſpoſitione, acquirit monaſterium, XX. dummodo acquiſitionis capax ſit, et ſalua liberis legitima.

§. I.

Connexio. Quemadmodum *ſucceſſio* in bona clericorum *teſtamentaria* variae ſubiecta fuit fortunae, ita quoque ea, quae *ab inteſtato* ex lege defertur, varia fata habuit, ceu monumenta eccleſiaſtica produnt, paucis tangenda. Eadem vero rurſus hic obſeruanda clericorum diuerſitas, quae *cap. anteced.* tacta eſt, et ſingulorum ſeparatim ratio habenda. Deinde cum ſucceſſio inteſtata ſit vel *iuris communis* vel *prouincialis* et *ſtatutaria*, vtraque ſpecies hoc quoque capite conſideranda erit.

Olim clericis indiſtincte ſuccedebant heredes ab inteſtato. §. II. Quod ergo *clericos ſtricte dictos* concernit, ſiue epiſcopi fuerint ſiue presbyteri aliusque ordinis clerici, his olim *ab inteſtato* ſuccedebant proximi agnati, vel, his deficientibus, ex iure praetorio vxores, cum primis ſeculis clerici coniugati eſſent, quod euidenter colligitur ex *l.* 20. *C. de epiſcop. et cleric.* quae *anno* 434. lata eſt, in qua nulla diſtinctio bonorum, vnde prouenerint, facta eſt. Adeo enim bona, quae intuitu eccleſiae acquiſiuerant, vel ex reditibus eccleſiaſticis obuenerant, ſua faciebant, vt, ſi *filiifamilias* eſſent, patres ea ad *peculium* ſecundum ius vetus trahere non poſſent, nec ea ad diuiſionem venirent, nec ita fratribus et ſororibus prodeſſent, ſed ad eorum liberos poſteros et quoscunque extraneos heredes peruenirent, vt decernitur in *l.* 34. *C. eod.* quod euidens indicium praebet, ſeculo V. nondum *lege publica* diſtinctionem bonorum in *ſucceſſione epiſcoporum inteſtata* factam fuiſſe. Quamuis enim in concilio *Carthagin. III.* haec iam facta fuerat, et patrum ſententiis hinc inde ſtabilita, vniuerſalis tamen legis vigorem haec doctrina haud acceperat, quin potius *ſucceſſio ab inteſtato* illibata et illimitata permanſerat.

§. III.

Digitized by Google

§. III. Illud tantum praecauebatur, ne bona eccleſiaſtica, quae ſub adminiſtratione et diſpenſatione epiſcoporum erant, cum *hereditariis* confunderentur, ſed ſollicita cura ab his ſepararentur. Facile enim contingere potuiſſet, vt heredes ab inteſtato pecunias eccleſiaſticas, in domo epiſcopi exſtincti repertas, ad hereditatem traxiſſent. Hunc in finem in concilio *Antiocheno anno* 341. celebrato *c.* 24. cautum eſt hoc modo: *Manifeſta ſint, quae ad eccleſiam pertineant, cum notitia presbyterorum et diaconorum, qui circa ipſam ſunt, vt ipſi non ignorent, quae ſunt eccleſiae, nec eos aliquid lateat.* Hoc vero aliter manifeſtum fieri non poterat, quam *deſignatione bonorum eccleſiaſticorum* facta cum ſcientia cleri, qua ipſa bona defuncti *propria* facile ab *eccleſiaſticis* ſecerni poterant. Inde pergunt patres Antiocheni: *Vt, ſi contigerit epiſcopum e vita migrare, iis manifeſtis exiſtentibus, quae ad eccleſiam pertinent, ea non intercidant aut pereant, nec quae ſunt propria epiſcopi, praetextu rerum eccleſiaſticarum turbentur.* Quodſi haec ad eccleſiam indiſtincte eo tempore forent delata, tali praecautione opus non fuiſſet. Additur etiam ratio elegans, quae ſimul oſtendit, nullam diſtinctionem bonorum factam fuiſſe. *Eſt enim iuſtum et acceptum coram Deo et hominibus, vt ea, quae propria ſunt epiſcopi, quibus ipſe velit relinqui, quae autem ſunt eccleſiae, ipſi ſeruari: vt nec eccleſia damnum aliquid patiatur, nec epiſcopus eccleſiae textu proſcribatur,* δημεύεσθαι (h. e. res eius *publicentur, peruadantur, diripiantur,* ab illis ſcilicet, qui praetextum *eccleſiae* allegabant, et ſub hoc praetextu ad ſe rapiebant) *vel qui ad eum attinent* (h. e. heredes ab inteſtato) *in cauſas incidant, quo poſt mortem ipſe* (epiſcopus) *maledictionibus oneretur*, quod res eccleſiae ſibi vindicaſſet, et ad bona propria traxiſſet. Hunc ſenſum quoque eſſe *c.* 22. *concilii Chalcedonenſis* arbitror, quo patres edixerunt: *Non*

Praecauendum tamen erat, ne heredes ab inteſtato bona eccleſiaſtica ſimul ad ſe traherent.

licere clericis poſt mortem ſui epiſcopi res ad eum pertinentes διαρπάζειν *diripere, ſicut antiquis quoque canonibus cautum eſt.* Studioſi erant clerici in conſeruandis bonis eccleſiaſticis, ab epiſcopo in vita adminiſtratis, et hoc praetextu bona quaeuis eius, maxime paratam pecuniam, inuadebant, et illa ad patrimonium eccleſiae rapiebant, quia enim res propriae epiſcoporum ab eccleſiaſticis non ſemper accurate diſtinctae erant, non leuis ſaepe contentio inter clericos et heredes ab inteſtato oriebatur, illis bona defuncti, ſub praetextu, quod eſſent *eccleſiae*, diripientibus, his ſibi vindicantibus.

Commendabant tamen patres epiſcopis, vt eccleſiam heredem relinquant.

§. IV. Verum, poſtquam IVSTINIANVS, prout *c.* I. dictum eſt, diſtinctionem et ſeparationem bonorum publica roborauit lege, limitata eſt *ſucceſſio ab inteſtato*, et tantum reſtricta quoad epiſcopos ad *bona patrimonialia*, ita vt bona ex prouentibus eccleſiaſticis percepta, ad eccleſiam reuerti deberent. Equidem in *concilio Agathenſi c.* 33. *anno* 506. celebrata ita cautum eſſe legimus: *epiſcopus, qui filios aut nepotes non habuerit, alium quam eccleſiam non relinquat heredem. c.* 34. *C.* 12. *q.* 2. Ex hoc canone euidens eſt, patres Agathenſes intendiſſe, reliquos cognatos a ſucceſſione prorſus excludere, et eccleſiae vnice proſpicere. Verum 1) haec particularis conſtitutio *ius vniverſale* facere non potuit, et ſi dicendum, quod res eſt, 2) merum *monitum* aut *conſilium* continet, quo epiſcopos inducere voluerunt, vt teſtamenta de bonis ſuis conderent in *fauorem eccleſiae*, prout recte cenſet GRANNANIETTO *ad c.* 1. *X. de ſucceſſ. ab inteſtato n.* 5. cum ex iis, quae dicta ſunt ad *c.* 1. manifeſtum ſit, potuiſſe epiſcopos *quoscunque heredes* inſtituere. Adhibebantur potiſſimum adhuc eo tempore bona eccleſiae *in vſus pauperum*, adeoque inducere voluerunt epiſcopos, vt *pro anima ſua in vſus pauperum* diſponerent, et laicis exemplo ſuo praeirent,

quo

Digitized by Google

quo etiam hi, praeteritis conſanguineis, eo promtius *pro anima ſua* diſponerent. Qui tantum legerit SALVIANVM *Lib. I. ſqq. aduerſus auaritiam*, deprehendet, quanta ſollicitudine eo tempore doctores eccleſiae laborauerint, vt *quoscunque* inducerent, ad diſponendum *in fauorem pauperum*, excluſis proximis et conſanguineis. Nimius fervor eos ſaepe ad abſurdiſſima argumenta deduxit, quibus potiſſimum SALVIANI ſcripta in hac cauſa ſcatent. Quodſi ergo contra laicos quoscunque hoc vrſerunt, multo magis hoc vrgendum fuit contra epiſcopos, qui exemplar gregis eſſe debebant. Vnde etiam in legibus Viſigothicis *Lib. 4. tit. 2. c. 12.* ſucceſſio cognatorum in bona clericorum admodum reſtricta eſt, vt eo facilior ad ea eccleſiae aditus eſſet. Verba legis ſunt haec: *Clerici vel monachi ſiue ſanctimoniales, qui vsque ad ſeptimum gradum non reliquerint heredes, et ſic moriuntur, vt nihil de facultatibus ſuis ordinent, eccleſia ſibi, cui deſeruierint, eorum ſubſtantiam vindicabit.*

Epiſcopi tamen et praelati per abuſum bona inferiorum clericorum ad ſe rapere conabantur.

§. V. Quamuis vero haec *certo iure* conſtituta eſſent, vt quoad epiſcopos quidem *ſeparatio bonorum* ſollicite inſtitueretur, reliquorum vero clericorum bona indiſtincte heredibus ab inteſtato reſeruarentur, varia tamen attentata contra ea ſuſcepta ſunt. Quando enim inferiores clerici decedebant, ſolebant praelati eorum bona eccleſiae vindicare, et heredes ab iis excludere. Hunc abuſum, quem praetextus, *eccleſiae* proſpiciendi, procreauerat, tollendum eſſe cenſuerunt patres anno 625. in concilio Pariſienſi V. c. 7. diſponentes hunc in modum: *Comperimus denique cupiditatis inſtinctu, deficiente abbate vel presbytero, vel his, qui per titulos deſeruiunt,* (h. e. parochis) *praeſertim quodcunque in mortis tempore dereliquerint, ab epiſcopo vel archidiacono diripi, et quaſi ſub augmentum eccleſiae vel epiſcopi in vſum eccleſiae reuocari et eccleſiam Dei per prauas*

 cupidi-

Digitized by Google

cupiditates expoliatum relinqui. Statuimus obſeruandum, vt neque epiſcopus aut archidiaconus exinde aliquid auferre praeſumat, ſed in loco, vbi moriens hoc dereliquerit, perpetualiter debeat permanere. Hic abuſus eo grauior erat, quod nullum titulum epiſcopi allegare poſſent, bona talia heredibus ab inteſtato interuertendi, et eccleſiae vindicandi. Nec enim praetextum, quod ex *reditibus eccleſiaſticis* acquiſita praeſumerentur, allegare poterant, cum in bonis epiſcoporum tantum *diſtinctio* bonorum lege publica recepta eſſet. Proinde recte hunc abuſum damnarunt patres huius concilii.

Clerici bona epiſcoporum mobilia etiam eccleſiae vindicabant, ſub praetextu, quod ex reditibus eccleſiae percepta eſſent.

§. VI. Quia tamen patres conſtanter docebant, bona ex reditibus eccleſiaſticis profecta, ad eccleſiam reuerti debere, potiſſimum bona epiſcoporum clerici inuadebant, illaque hoc ſub praetextu *eccleſiae* vindicare audebant. Contra tales inuaſiones varia decreuerunt patres paſſim in conciliis. Primo curauerunt, ne quid heredibus ab inteſtato ſubtraheretur. Hunc in finem *Anno* 450. in concilio *Tarraconenſi* c. 12. hoc modo edixerunt: *Sicubi defunctus fuerit epiſcopus inteſtatus, poſt defunctionem eius a presbyteris et Diaconis, de rebus ipſius inuentarium fideliter conſcribatur a minimo vsque ad maximum, id eſt, de vtenſilibus vel omni ſupellectile, ita tamen, vt ſi quis exinde vel praeſumſiſſe aliquid vel occulte fuerit tuliſſe conuictus, ſecundum furti tenorem reſtituat vniuerſa.* Ita heredibus ab inteſtato proſpectum, vt illis hereditas ſalua et illibata reſtitueretur, et nullus *ſpolio* locus eſſet. Latius vero manaſſe hoc malum in Hiſpania videtur, vt tam facile eradicari haut potuerit, et ipſorum etiam epiſcoporum aedes expilatae fuerint. Nam ſeuerius in huiusmodi direptores anno 524. regnante THEODORICO, Viſigothorum Rege, in concilio Ilerdenſi *c. vlt.* ſtatutum eſt, cuius cauſam patres praemittunt. Aiunt: *Quia haec ſanctio a multis clericis cognoſcitur*

Digitized by Google

ſcitur violari, ita vt, occumbente ſacerdote, expectorato affectu, totaeque diſciplinae ſeueritate poſthabita immaniter, quae in domo pontificiali reperiuntur, inuadunt et abradunt. Ius *ſpolii* hoc poſteri vocarunt, quod aliunde originem habere non videtur, quam quod clerici, defuncto epiſcopo, ſupponerent, omnem ſupellectilem ceteraque mobilia epiſcopi ex reditibus eccleſiae profecta fuiſſe, et ſic ad eccleſiam redire debere. Non ergo ab initio haec *ſibi* rapiebant, ſed *eccleſiae*, tandem etiam ſibi. Ni me omnia fallunt, iam in *concilio hoc* tales expilationes in vſus priuatos notati videntur, quae iam in quandam conſuetudinem abierant. Inde cenſent patres: *Placuit, vt defuncto antiſtite vel etiam in ſupremis agente nullus clericorum quicquam auferre praeſumat.* De *priuato ſpolio* ſeu *in vſus eccleſiae* haud facto patres diſpoſuiſſe, ſubiecta anathematis poena, et quod hoc crimen ad *ſacrilegium* relatum fuerit, docet. Ne ſic tamen expilationes hae exſtirpari potuere, ſed adhuc per plura ſecula continuatae ſunt.

Quod ius ſpolii dictum.

§. VII. Vt enim paucis rem per plura ſecula variis dubiisque fatis geſtam complectar, adeo ius hoc iniquum *ſpolii* continuatum eſt, vt *clericis* quidem *inferioribus* ſubtractum, ſed in potentiorum manus translatum fuerit. Exercuere enim id per plura ſecula *imperatores*, *pontifices*, *epiſcopi*, non quod vniuerſam raperent ſubſtantiam, ſed quod mobilia ſupellectilemque ſibi vindicarent, heredibusque ab inteſtato ſubtraherent, et quidem *iure eccleſiae*, cui haec deberi credebant ideo, quod, quae in *mobilibus* ſupereſſent, ex *bonis eccleſiaſticis* comparata eſſe viderentur. Inferioribus clericis ſubtractum eſſe dixi, qui facilius coerceri poterant. Praetextum *eccleſiae* hi allegabant, ſed ſibi magis proſpiciebant. Noua hinc inde remedia excogitata, ne vel eccleſiae praeiudicium, ratione eorum, quae ex *bonis eccleſiae* a defuncto epiſcopo acquiſita erant, nec

Sub praetextu, quod mobilia ex bonis eccleſiae eſſent acquiſita, paſſim haec clerici eccleſiae vindicabant.

Digitized by Google

Cui remedium quaeſitum in concilio Toletano IX.

heredibus ab inteſtato iniuria fieret. Vnicum tantum huc refero, quod in Toletano concilio IX. *c.* 4. anno 655. hac de re cautum, et a GRATIANO in *c.* I. *C.* 12. *qu.* 4. repetitum eſt. Decernunt Toletani hoc modo: *Hi vero, qui ſuarum rerum noſcuntur habere compendium, ex omni re: quam poſt ordinationis ſuae diem viſi ſunt acquiſiuiſſe, ſiue nulla, ſiue aliqua ſint inſtrumenta confecta, compenſatione tam iuris ſui quam rerum ſuarum habita, ſi ſe vtriusque quantitas exaequauerit, inter eccleſiam et decedentis heredes aequo iure acquiſitio pertinebit.* Sed magis inferiores clerici ab hoc iure excluſi ſunt, poſtquam potentiores, comites ſcilicet vel aduocati, exuuias epiſcoporum ex iure, quod *in eccleſiam* praetendebant, et quo eccleſiae debita, ſibi deberi credebant, ad ſe raperent, quod intolerabile viſum fuit patribus. Hinc plura pro rebus epiſcoporum cuſtodiendis ſancita ſunt.

Poſtea reges iure ſupremo in eccleſias haec ſibi aſſerebant.

§. VIII. Reges *vacantes eccleſias* et *epiſcopatus* in ſuam *cuſtodiam* contra tales depraedationes paſſim ab initio recipiebant, et tanquam patroni earum defenſionem gerebant, paulatim vero maius ius ſibi vindicabant, eas conferebant, et magna cum libertate de iis diſponebant. Inde tandem non tantum reditus vacantis eccleſiae *iure regaliarum* percipiebant, ſed quae ex hereditate defuncti *eccleſiae* debebantur, ſibi vindicabant, ex *iure ſupremo* in eccleſias. Explicuit hoc ius imperatorum ſpeciali diſſertatione MEIBOMIVS *de iure quodam antiquo et antiquato Caeſar. germ. in decedent. maior. Praelat. relict. poſſeſſ.* quam *Tom. III. rer. Germ. p.* 185. inſeruit. Omnes conatus adhibuit pontifex, vt huic iuri imperatores renunciarent. Obtinuit tandem, quod diu in votis habuerat pontifex, et OTTONEM IV. anno 1198. induxit, vt ſolenni more ei renunciaret. Diploma huc ducentia adducunt MEIBOMIVS *cit. l.* SCHATEN. *Lib. IX. annal. Paderborn, ad ann.* 1198.

p. 915.

Digitized by Google

p. 915. 917 *et* 936. TOELNERVS *in hiſtor. Palat. in eod. diplom. p.* 66. KETTNERVS *in antiq. Quedlinburg. p.* 217. Sed quod in imperatoribus reprobauerant, hoc pontifices ſeculi XIV. in ſe admodum probabant, decedentium praelatorum ſupellectilem aliaque bona, quae *eccleſiae* deberi videbantur, diripientes *ſub iure ſpolii*, quod nomen iniquo huic iuri merito inditum eſt, cum *eccleſiae* ius ſuum ſpoliaretur, docentibus MEIBOMIO *c. l.* et THOMASSINO *P. III. de vet. et nou. eccleſ. diſcipl. Lib.* 2. *c.* 57. *§. ſeqq.* et hoc ipſo etiam legitimis heredibus ab inteſtato non leuis iniuria inferretur. Sed nec epiſcopi praelatique manus a praeda liberas geſſerunt. Credo eos ad ius *ſpolii* exercendum ea occaſione inductos fuiſſe, quod tandem *diſtinctio bonorum*, quae antea in ſolis epiſcoporum hereditatibus obſeruabatur, eorum patrimonio applicari coeperit, de quo *cap. antec.* actum. Supponebant enim in dubio credendum eſſe, ſupellectilem aliaque mobilia, quae clerici reliquerant, ex *bonis eccleſiae* eſſe profecta, hinc illa, ad *ius eccleſiae* pertinere, obſeruante etiam ESPENIO *P. II. iur. eccleſ. tit.* 33. *c.* 8. §. 11. Et quia praeterea ſummum rerum eccleſiaſticarum arbitrium habebant, ſe nomine *eccleſiae* intelligi temere exiſtimabant, quod iam reprobauit ALEXANDER III. *in c.* 12. *X. de teſtam.* et ita auaritia ducti tandem has exuuias ad ſe traxerunt; accedebat noua ratio, quod menſa epiſcopi et capituli iam eſſet diſtincta, et eo intuitu epiſcopi, hoc commodum ſuae menſae deberi, crederent.

Poſtea etiam pontifices.

et epiſcopi.

§. IX. Haec mala peperit *diſtinctio bonorum*, quibus tamen heredibus ab inteſtato ſaepiſſime non leuis iniuria illata eſt. Interim haec etiam in *ſucceſſione ab inteſtato* propagata et in concilio Lateranenſi ſub ALEXANDRO III. ſtabilita, vnde deſumtum eſt *c.* 7. *X. de teſtam.* ibi: *Siue inteſtato deceſſerint ſiue aliis conferre voluerint, penes eccle-*

Inde iura ſpolii, quorum rationes euoluuntur.

ſias

ſias eadem bona praecipimus remanere. Quia autem ſub nomine *eccleſiae* epiſcopi, prout antea dixi, volebant intelligi, noua declaratione hoc ALEXANDER III. *in c.* 12. *eod.* illuſtrauit, diſtinguendo, vtrum collegium, an vnus tantum praeſit eccleſiae, vt priori caſu toti collegio, non ſoli epiſcopo, haec bona obuenirent, poſteriori caſu vero vſibus ſucceſſoris ea cederent, et cum bonis illi officio deſtinatis coadunarentur. Et quia praeterea perſuaſio erat, *bona mobilia ex prouentibus eccleſiaſticis eſſe profecta*, immobilia vero iure hereditario ſiue aliunde acquiſita, etiam hac de re conſultus ALEXANDER III. *in c.* 12. *cit.* fuit, vbi quidem decidit, quod *generaliter bona quaelibet per eccleſiam acquiſita eis iuxta Lateranenſe concilium poſt acquirentis obitum remanere deberent;* interim tamen communis illa perſuaſio, quod *mobilia* ex prouentibus eccleſiaſticis fuerint comparata ad vſus quotidianos, in plerisque locis durauit, quod *ius ſpolii*, quod ſola mobilia afficiebat, poſtea adhuc ab epiſcopis exercitum docet. Inde iuris huius decantati, quod *ſpolium* vocant, natales ſunt repetendi. Duo in eo potiſſimum abuſus obſeruabantur: 1) quod temere crederent, mobilia et ſupellectilem clericorum ex prouentibus eccleſiaſticis fuiſſe comparata, adeoque haec ſine vlteriori inquiſitione per canones debere eccleſiae, in quo tamen ſaepe laedi poterant heredes ab inteſtato: 2) quod, quae *eccleſiae* tum per legem IVSTINIANI, tum per *canones* ex hereditate epiſcoporum ceterorumque clericorum addicta erant, non *vſibus pauperum* applicarentur, quorum gratia *diſtinctio bonorum* inualuerat, ſed alii ſub praetextu *eccleſiae* haec ad ſe raperent, partim *aduocati* ob ius *defenſionis et aduocatiae*, quam late extendebant, partim *Reges*, ob *ſupremum ius Patronatus*, quod vocant; partim *Papae*, quod hi dominos omnium eccleſiarum ſeſe crederent, et ſic, quae *eccleſiae* hoc lucro hereditario eſſent

ſent

Digitized by Google

ſent acquiſita, ad ſuam menſam, non ad vniuerſum clericorum coetuum commodum ſpectare deberent, praeſertim cum bona epiſcoporum a bonis capituli eſſent diſtincta. Atque inde ius *ſpolii* nihil aliud fuit, *quam ius vindicandi omnia bona mobilia clericorum ſub hoc praetextu, quod ex reditibus eccleſiaſticis praeſumantur comparata, vigore iuris, quod in eccleſiam vindicans habere praetendit, vel habet.*

Definitio iuris ſpolii.

§. X. Quamuis vero, *ius ſpolii*, quod vocant, legitimo deſtituatur titulo, et iam ALEXANDER III. in *c.* 12. *X. de teſtam.* errorem illum notauerit, quod ſub voce *eccleſiae* non intelligatur epiſcopus ſolus, parum tamen hac explicatione proſpectum eſt eccleſiae, cum eius interpretatio doceat, ad minimum lucro cedere debere *clericorum* haec bona, vt patrimonium clericorum inde augeatur, et fructus inde percipere poſſint. Imo, quod mirandum eſt, *ius ſpolii* epiſcopi poſt haec tempora adhuc continuarunt, ſibique ſolis mobilia quaeuis decedentium clericorum vindicarunt. Colligo hoc ex BONIFACII VIII. conſtitutione in *c.* 9. *de offic. ordin. in* 6. quo de nouo illud reprobauit ſanciendo: *Praeſenti prohibemus edicto, ne epiſcopi vel eorum ſuperiores aut Abbates, ſeu quiuis alii regulares, aut ſeculares Praelati, aut eccleſiaſticae quaecunque perſonae; vacantibus dignitatibus, perſonatibus, Prioratibus vel eccleſiis quibuscunque ſibi ſubiectis: ſeu ad collationem, ordinationem, praeſentationem vel cuſtodiam pertinentibus: eorundem bona, morientibus eorum rectoribus vel miniſtris, in ipſis inventa, ſiue vocationis ipſorum tempore obuenientia, quae in vtilitatem eorundem expendi vel futuris debent ſucceſſoribus fideliter reſeruari: occupare, aut in vſus conuertere quoquo modo praeſumant.* Parum tamen hac conſtitutione profecit, quia ſtatim hanc ſubiicit limitationem, quae fere antecedentem prohibitionem ſuſtulit: *niſi de ſpeciali privilegio vel conſuetudine iam praeſcripta legitime, ſeu alia*

Confuetudine tamen a quibusdam epiſcopis conſervatum eſt.

 cauſa

cauſa rationabili, hoc eisdem competere dignoſcatur. Hoc ipſo plerisque epiſcopis *ius ſpolii*, h. e. acquirenda bona mobilia clericorum confirmatum eſt, quia plerique epiſcopi per aliquot ſecula hoc ius rigoroſe exercuerant, indeque conſuetudinem facile euincere poterant. Atque haec adhuc in pluribus epiſcopatibus obtinet. Teſtis eſt ESPENIVS *cit. l.* §. 12. quod in dioeceſi Leodicenſi, presbyteris aliisque beneficiatis *ab inteſtato* decedentibus, mobilia adhuc hodie ad epiſcopum pertinere, et heredes ab inteſtato cum eo vtplurimum de illis tranſigere et bona haec redimere ſoleant. Addit *cit. l.* §. 14. in Belgio paſſim capitula mobilia canonicorum ab inteſtato decedentium bona ſibi vindicare, quod occaſione conſtitutionis Alexandrinae in *c.* 12. *de teſtam.* facile introduci potuit. Sed nec papa *ius ſpolii* deſerendi animum habuit, vt vel indultum epiſcopo Hildeſienſi datum, et *cap. antec.* adductum docet, quamuis forſan rarior hodie eius vſus ſit, cum plerique epiſcopi tale indultum impetrare ſoleant.

Paucis reuoluuntur fata ſucceſſionis ab inteſtato in bona clericorum.

§. XI. Vt ergo praxin pontificiorum paucis complectar, ad haec membra omnis ratio ſuccedendi ab inteſtato redire videtur. I) Clerico ab inteſtato decedente, mobilia ſunt loco eorum, quae ex *reditibus eccleſiaſticis* profecta eſſe videntur, adeoque ſcrupuloſa diſtinctio bonorum, vnde prouenerint, vix amplius exigitur. II) Ius hoc vindicandi mobilia tantum obtinet in *ſucceſſione ab inteſtato.* Si enim clerici vel ex *indulto pontificis* vel ex *conſuetudine* teſtamentum condunt, *ius ſpolii* ceſſat. Suppoſuit hoc ipſe pontifex *in c.* 13. *X. de teſtam.* quo refertur caſus, vbi pontifex epiſcopo Altiſſiodorenſi *ius ſpolii* conceſſerat in rebus clericorum *ab inteſtato decedentium.* Inde quaeſtio enata eſt, *an illi, qui in voluntatem et diſpoſitionem alterius ſuam commiſerant voluntatem, nihil per ſe penitus ordinantes vel determinantes, quid cui loco vel perſonae conferre*

Digitized by Google

ferre debeat, dicantur decedere inteſtati, ad eum effectum, vt epiſcopus ius ſpolii exercere queat? Ita ſtatus controuerſiae formatur in decretali, quam pleniorem et extenſiorem refert GONZALEZ TELLEZ. Negat pontifex, talem *ab inteſtato* deceſſiſſe, ad eum ſcilicet effectum, vt *ius ſpolii* ab epiſcopo exerceri poſſet. Non determinat, an talis diſpoſitio *indeterminata* valere poſſit, quae plane valere nequit; ſed tantum decidit, *ius ſpolii* ab epiſcopo exerceri *eo in caſu* non poſſe, vtpote, quod odioſum, canonibus contrarium, et ſic reſtringendum. Ad hunc effectum et *ſecundum quid* etiam tales *inteſtati non deceſſiſſe* dicebantur, ne ius illud durum locum haberet, licet alias reuera ab inteſtato *alio reſpectu* decederent, quia ex teſtamento heredem non habebant. Inde ex *cit. text.* colligi nequit, iure canonico inſtitutionem heredis *in arbitrium tertii* conferri poſſe, prout alias interpretes temere inde colligunt. III) Vbi *ius* illud *ſpolii* plane deſiit, vt in Gallia, heredibus ab inteſtato indiſtincte haec bona deferuntur, teſte ESPENIO *P. II. iur. eccleſ. tit.* 33. *c.* 8. *n.* 19. quod ius etiam in Germania obtinere credo, cum etiam conſtet, in ipſis capitulis adhuc *annos gratiae* ex reditibus eccleſiaſticis deberi heredibus, et praeterea eos teſtamenta hodie condere poſſe. GALLVS *de fructibus diſp.* 37. *art.* 1. *n.* 79. *ſeq.* SARMIENTO *de reditib. eccleſ. P. II. c.* 8. Quod ergo heredes extranei ex teſtamento percipere poſſunt, id maiori ratione ſibi vindicabunt heredes ab inteſtato, niſi epiſcopus *ius ſpolii* adhuc in caſu ſucceſſionis *ab inteſtato* exercere poſſit. IV) Si epiſcopi indultum papale impetrarunt, libere de bonis ſuis diſponendi per vltimam voluntatem, illi inſeri ſolet clauſula, *quod heredes ab inteſtato quoque admitti debeant.* Adduco rurſus clauſulam huc pertinentem ex *licentia papali* apud B. STRYKIVM *tr. de caut. teſtam. in append. n.* 10. quae huius tenoris eſt: *quod ſi contigerit te ab inteſtato et ſine vl-*

 la

Digitized by Google

la vel cum minus valida bonorum et rerum ac fructuum, redituum et proientuum praetactorum diſpoſitione, vel non condito a te teſtamento ſeu factis aliis diſpoſitionibus, ab humanis decedere, omnia et ſingula bona, res et iura, vt praefertur, qualificata ad cameram apoſtolicam praetactam non pertineant, ſed ad heredes tui ſanguinis deueniant. Erat enim camera apoſtolica fundata ex praxi antiqua quoad mobilia, inde neceſſum fuit, vt etiam heredibus ab inteſtato ſecuritas quaereretur. Ceterum quae ſint antiquorum iuris pontificii interpretum diſtinctiones circa ſucceſſionem in bona ex reditibus et officio eccleſiaſtico profecta, plenius tradit NICOLAVS de VBALDIS *de ſucceſſ. cleric. P. II.*

An liberi clericorum ſuccedant, qui matrimonium de facto contraxerunt?

§. XII. Circa *ordinem ſuccedendi* clerici non adeo diſtinguuntur a laicis, imo etiam ipſa computatio *iuris ciuilis* hic expreſſe approbata eſt. Quandam tamen, etiam hic diuerſitatem obſeruant. Notum eſt, quod *liberi naturales* matri et maternis ſuccedant, quibus hodie aequiparantur *ſpurii* ex iuris canonici ſententia, qua concubinatus *fornicationi* et *ſtupro* aequiparatus eſt. Iam conſtat, clericis *maiorum ordinum* abſolute matrimonia eſſe prohibita, tum *canonico* iure *tit. X. de cleric. coniug.* tum ciuili, ſaltim a IVSTINIANI temporibus *l. 45. C. de epiſc. et cleric.* Tanta autem ſeueritate IVSTINIANVS haec coniugia damnauit, ut conſtituerit in *cit. l. 45. ne quidem legitimos et proprios eſſe eos, qui ex huiusmodi inordinata conſtupratione* (ita vocat matrimonium clericorum) *naſcuntur aut nati ſunt, ſed eam, quae ex talibus feminibus oritur, participari turpitudinem. Tales enim*, pergit, *eos eſſe diſponimus, quales quos leges ex inceſtis aut nefariis natos nuptiis definiunt, ita vt neque naturales aut nothi, ſeu ſpurii intelligantur, ſed prorſus et vndique prohibiti et ſucceſſionis genitorum indigni, ac nec donationem ab illis capere poſſint, neque hi neque horum matres, nec interpoſitas quidem perſonas, ſed omnibus in hos collatis*

Digitized by Google

collatis a patribus beneficiis ad ſanctam eccleſiam, ex qua ſunt, qui talia deliquerunt, reuertentibus. Facta haec conſtitutio Anno 530. ſed reuera admodum dura eſt. Nam 1) nuptias contrahentes clerici *maiorum ordinum*, ſacerdotio ipſo et dignitate priuantur, quod etiam cautum eſt in *nou.* 22. *c.* 42. *nou.* 123. *c.* 14. et tamen 2) ita expulſi a clero et ſacerdotio non iubentur vxores ſuas dimittere, ſed tantum matrimonium eorum tanquam *inordinata conſtupratio* reputatur, quoad effectus ciuiles, adeo vt 3) liberi inde nati inceſtuoſis aequiparentur, nec parentibus ſu is ſuccedere queant, cum tales nec matri ſuccedant. Imo 4.) hoc locum etiam habere debeat in liberis non tantum *natis* conſtante ſacerdotio, ſed etiam qui *naſcuntur*, h. e. poſt priuationem ſacerdotii, forſan ex hac ratione, quod hoc matrimonium ratione *originis* prorſus ſit nullum. Nec 5) hoc correctum videtur per *nou.* 22. *c.* 42. vt cenſet DION. GOTHOFREDVS *in not. ad cit. l.* 45. quod in *cit. nou.* clerici contrahentes nuptias ſuis adhaerere vxoribus iubeantur: id enim tantum de clericis *inferiorum ordinum* intelligendum eſt, vt contextus docet. Equidem 6) iure canonico hoc eatenus immutatum, vt clericorum matrimonia ſint nulla, ſaluo ſacerdotio, interim tamen liberis clericorum non proſpicitur, vtpote qui ex illegitimo coitu etiam nati cenſentur *t. t. X. de cleric. conſ.* Ceterum poſtquam inter proteſtantes clerici recte coniugia contrahunt, liberi quoque ex horum matrimonio nati ſunt legitimi, et ab inteſtato ſuccedunt. Imo ſi vel maxime clerici coelibes extra matrimonium procreauerint liberos, eos ſpurios, non vero iuxta *l.* 45. *cit. inceſtuoſos* eſſe crederem, et ſic ſucceſſionis participes maternae. Nec enim, quod ex immaturo zelo IVSTINIANVS contra matrimonia clericorum conſtituit, et contra humanitatem ſanxit, temere eſt extendendum.

Digitized by Google

Clerici non relinquunt res expeditorias.

§. XIII. Praeterea ſicuti clerici ad ſucceſſionem *rerum expeditoriarum* non admittuntur, ita quoque nec res expeditorias relinquunt iuxta *ius prouinc. Saxon. Lib. I. art.* 5. *von des Pfaffen Guth nimmt nach ſeinen Todte man keine Gerade, es wird alles zu Erbe geſchlagen, was er nach ſich verläſt.* Olim tantum expeditorias res relinquebant, qui erant de *genere equeſtri*, qui militiae operam dabant, a qua clerici prorſus abſtinere iubentur. Nam *Lib. I. art.* 27. *in f.* dicitur: *Welcher Mann von Ritters Arth nicht iſt, und des Heerſchildes nicht hat, der läſſet nach ſich allein Erbe zu nehmen, wenn er geſtirbet, und kein Heergewette.* Diſſenſiſſe tamen collegia Saxonica hac in re, patet ex iis, quae tradit BERLICH. *Part.* 3. *Concl.* 39. *n.* 69. quamuis in Saxonia hodie CARPZOVII ſententia *P.* 3. *c.* 38. *D.* 39. praeualeat, conf. IDEM *Lib. I. iurispr. conſiſt. def.* 180. Iam olim haec quaeſtio inter *conſultationes Conſiſt. Saxonic.* quae Anno 1572. Auguſto Electori Saxoniae exhibitae et 1599. editae ſunt, relata eſt, et quidem *Lib. II. P. I. quaeſt.* 41. unde quaedam excerpere lubet. Aiunt conſultatores: *Die Schöpffenſtühle ſtimmen dieſes Articels halben nicht überein, dann etliche ſprechen auch den Evangeliſchen Prieſtern das Heergewette zu,* propterea quod a militia armata, ad militiam coeleſtem recte ducatur *iure noſtro arg. Gloſſ. fin. in l. miles. in pr. de re iudic.* cum ſimili, et quod propterea ad feudorum ſucceſſionem admittendi ſint, et per ſubſtitutos ſeruitia praeſtare poſſint, et debeant, *wie droben* in materia feudorum *weitläufftig ausgeführet. Die andern aber ſprechen den Evangeliſchen Prieſtern kein Heergewette zu, denn zu geſchweigen, daß die Prieſter der Lehngüther* regulariter *nicht fähig. c.* 1. *de milit. vaſall. qui arm. bell. depoſ. c.* 1. §. ex hoc. *de feud. fem. et in c.* 1. *in fin. an mut. vel alias imperf. So iſt auch in den Sächſiſchen Rechten klärlich verſehen, daß diejenigen, welche*

das

Digitized by Google

das Heergewette verfallen und erben ſollen, von Ritters Art oder ia auſs wenigſte weltliche Perſonen ſeyn müſſen. text. eſt manif. in *art.* 22. *punct. ibid. Gloſſ. in fin. Land-R. Vnd wiewohl etliche der Meynung ſind,* quod clericus in feudum ſuccedere et per ſubſtitutum ſeruire poſſit, *ſo iſt gleichwohl hinwieder* verior et iuri conuenientior ſententia, quod clericus per ſubſtitutum regulariter ſeruire non poſſit, ſicque etiam in feudo non ſuccedat, prout in vtramque partem diſputat ac latiſſime declarat CVRT. *in tr. feud. in* 2. *p.* 13. *q. princip.* vbi etiam ad argumenta contraria ſigillatim reſpondet, et notat CRAVET. in *conſ.* 303. *quaeritur an magnificus in princ. dicens:* quod in feudo proprio (de quo nos loquimur) cenſeatur electa induſtria perſonae in obeundis vel praeſtandis ſeruitiis, per ea, quae ibid. allegat. *Vnd wenn gleich ſolches in den gemeinen Lehn-Rechten nicht verordnet, und alſo die Evangeliſche Prieſter der Lehn* indiſtincte *fähig ſeyn möchten, ſo wäre dennoch ſolches* ad propoſitum noſtrum *auch nicht genug, ſintemahl gewiß, daß die Prieſter nicht weltlich und doch gleich vermöge der Sächſiſchen Recht des Heergewetts niemand denn weltliche Manns-Perſonen fehig ſeyn können, wie der* Gloſſ. *klärlich bezeuget* in *d. art.* 22. *ad fin. Land-Recht. Vnd weil denn* haec controuerſia opinionum per ſpecialem prouiſionem *wird entſchieden werden müſſen, ſo will unter andern im Fall, da vielgemeldte Evangeliſche Prieſter und Kirchen-Diener des Heergewettes fehig zu achten, auch auf* den caſum conuerſum *zu gedencken ſeyn, nemlich, ob und wie weit itztgedachte Prediger und Kirchen-Diener hinwieder das Heergewette verfallen ſollen, und wir dennoch dafür gehalten, daß ſich auf obberührten Fall nicht wohl ſchicken wolte, daß vielgedachte Prediger und Kirchen-Diener Heergewette nehmen, und hinwieder keines verfallen ſolten. Es wäre denn Sach, daß ſie auſſer-*

halb

Digitized by Google

halb den Stück, ſo zum Heergewette gehörig, ſonſt nichts verlieſſen, oder aber ihre Kinder an ihrer gebührenden väterlichen legitima *verkürtzt würden (wie ſie denn gemeiniglich nicht viel pflegen zu verlaſſen) auf den Fall ſolte nicht unbillig ſeyn, daß ſie den Kindern anſtatt der* legitima *oder zu Erfüllung derſelben, gelaſſen würden.*

An canonici? §. XIV. De Canonicis maior dubitandi ratio eſt, qui A. C. addicti ſunt. Hos enim a ſucceſſione in *bona Geradica* excludunt, quod non ſint tales clerici, quibus ius ſuccedendi in bona vtenſilia datum eſt. Diſerte in *Lib. I. iur. Sax. prou. tit.* 5. clerici geradae capaces ita definiuntur: *Man mag auch keinen vor einen Pfaffen achten, er ſey denn gelehrt und geweiht.* Iam autem canonici noſtri ordines non recipiunt, et inde iis Geradam non deberi, cum GOLDBECKIO ſtatuit GEORG. WERNER. *diſſ. de iure ſucced. in Heergewett. th.* 8. *in not.* Hoc ſuppoſitum ſi verum eſt, ipſimet neceſſario ad ſucceſſionem in res expeditorias admitti et conſequenter ipſi quoque res expeditorias poſt ſe relinquere debent. Adhuc tamen illud dubium ſupereſt, quod, licet ordines non recipiant, ſoluant tamen pretium pro redimendis ordinibus, et ita *redemtis ordinibus* ad talia ſe legitiment, quae *receptionem ordinum* deſiderant, veluti quod votum, ſeſſionemque in capitulo exerceant, quae alias tantum his, qui ordines acceperunt, conceſſa ſunt.

De ſucceſſione ſtatutaria in bonis clericorum, varia Doctorum ſententia. §. XV. Sunt praeterea varia *ſtatuta particularia*, ſucceſſionem determinantia, maxime quoad *coniuges*, de quibus magnopere dubitatur, an etiam clericorum in bonis obſeruari debeant? ſic ſecundum ſtatuta Solquellenſe, Mindenſe et plura alia ſuperſtes coniux defuncto in vniverſa bona ſuccedit, ſi deficiant liberi: An ergo etiam vidua illius loci marito Paſtori ita ſuccedit, an vero potius ſecundum ius prouinciale Marchicum tantum dimidiam, collatis propriis, capit? Pontificii vt plurimum docent, quod in *ſucceſſione*

Digitized by Google

ceſſione clericorum non ſtatuta particularia, ſed ordo iuris communis attendi debeant, cum quo teſtator, ſtatuto non ſubiectus, ſe potius confirmare voluiſſe videtur, vt docet cardinal. LVCA *in theatr. ver. et iuſt. Vol. IV. de teſtam. diſc.* 25. *n.* 12. *et Vol VI. de ſucceſſ. ab inteſt. diſc. 6. n.* 10. *ſqq.* Adfert ibidem ſtatutum Tuderinum excludens feminas propter maſculos, et eius occaſione quaeſtionem format: *An ſecundum illud ſuccedi debeat in bona defuncti clerici, quamuis contentio inter ſolos ſit laicos?* Ipſemet tamen cardinalis de hac deciſione magnopere dubitat, tum quod laici hic ſint ſucceſſores, et ſic praeſens ſtatus bonorum, quo ſucceditur, attendi debeat, tum etiam quod bona non ſint exemta a iurisdictione loci et oneribus localibus. Etiam inter proteſtantes hac de quaeſtione contentionem eſſe docet SCHILTER. *lib. I. de inſtit. iur. canon. tit.* 18. §. 17. Plerique diſtinguunt inter *mobilia* et *immobilia.* De ſucceſſione in haec pauciores dubitant, quod quoad illa regulariter ſuccedatur ſecundum ſtatuta loci, quibus haec ſubiecta fuere, et ſic quoque clerici ratione illorum ſubiecti ſint ſtatutis localibus. CARPZOV. *lib. III. iurispr. conſiſt. def.* 8. *n.* 1. B. STRYK. *de ſucc. ab inteſtat. diſſ.* 1. *c.* 4. §. 4. B. HERTIVS *de colliſ. legum ſect.* 4. §. 34. In *mobilibus* diverſam eſſe cauſam ſtatuunt, quod *haec* ſicut *nomina* ſequantur perſonam et ita ex eius iure aeſtimari debeant, conſequenter, quia clerici non ſubiacent loci *ſtatutis*, ſed potius *iuri prouinciali*, ſecundum hoc in mobilibus et nominibus iis ſuccedi debere aſſerunt. B. STRYKIVS et HERTIVS *cit. l.* Prorſus in diuerſam abit ſententiam CARPZOV. *cit. l. n.* 10. *ſeqq.* putatque etiam in *mobilibus* clerico ſuccedendum eſſe ſecundum *ſtatuta localia.* Haec enim aeque obligare clericos ac laicos arbitratur, eosque ſolummodo ratione fori, in honorem miniſterii eſſe exemtos a iurisdictione oppidana, ſed extra hunc caſum manere membra ciuitatis.

Digitized by Google

Rurſus ab vtraque ſententia diuortium facit SCHILTER. *cit. l.* et clericis tam in *mobilibus* quam *immobilibus* ſuccedi non ſecundum *ſtatutarium*, ſed *ius prouinciale* ſeu *commune* cenſet.

Iudicium de his ſententiis cum deciſione.

§. XVI. Equidem primam ſententiam diſtinguentem inter bona *mobilia* et *immobilia* fere in praxi eſſe receptam animaduerto. Secundam vero ab omni probabilitate alienam, tertiam vero rationi iuris conformem eſſe iudico. Ipſe CARPZOVIUS *cit. l. n.* 19. Profeſſores ab omni iurisdictione magiſtratus oppidani exemtos eſſe, adeoque huius ſtatuta in eorum ſucceſſione non eſſe obſeruanda cenſet, quidni ergo etiam idem dicendum eſſet de clericis, qui itidem *regulariter* ab omni magiſtratus oppidani iurisdictione exemti ſunt, nec profeſſores ab initio aliter exemti fuerint, quam ad imitationem clericorum? Itaque SCHILTERI ſententiam vel ideo de iure veriorem eſſe credo, quod in ſucceſſione ab inteſtato agatur non de *rebus primario*, ſed de *iure hereditario*, quod vel *iure prouinciali* determinatum eſt vel *iure ſtatutario*. Non huic ſubiecti ſunt clerici, ſecundum principia iuris canonici, quibus vtimur, ſed illi, et ita ſecundum illud de iure ſuccedendi iudicandum eſt. A defuncto hoc defertur in heredes, et ita *illius*, non *horum* qualitatem intueri debemus. Liquet quoque id inter alia eo in caſu, ſi nullis relictis heredibus, decedit clericus, quo non *magiſtratus loci*, ſed *eccleſia* ſuccedit. Equidem actiones reales contra clericum etiam inſtitui poſſunt in foro, vbi res ſitae ſunt, ſed hoc inde eſt, quia in his actionibus ſimpliciter *in rem* agitur, contra *poſſeſſorem, qua talem*; aſt quando de *ordine ſuccedendi* ſeu de *iure hereditario* quaeritur, mera *quaeſtio iuris* enaſcitur contenditurque, *vtrum defunctus ſecundum ius prouinciale an ſtatutarium ius ſuccedendi in heredes ſuos transtulerit?* adeoque ex perſona *defuncti* aeſtimandum, quo iure ſucceſſio deuolui debeat. Si ex *foro rei ſitae*, quod commu-

Digitized by Google

communiter volunt, ſucceſſio ordinanda eſſet; CARPZOVII ſententia vinceret, cum etiam in *mobilibus* contra clericos agi poſſit in foro rei ſitae, vt recte aſſerunt MEVIVS *P.* 4. *dec.* 74. et *P.* 6. *dec.* 347. BERGERVS *in diſcept. for. ad tit.* 4. *ord. proc. Sax. obſ.* 8. *not.* 2. MARTINI *ad proc. Sax. tit. II.* §. 2. *n.* 214. CARPZOV. *lib. I. reſp.* 101. RICHTER. *P. III. dec.* 105. *n.* 44. *ſeq.* MAVRITIVS *vol.* 2. *conſ.* 8. *n.* 66. LAVTERBACH. *ad tit. de iudic.* §. 52. *in f.* Ceterum quando clerici in *ciuilibus* ſubſunt magiſtratui oppidano, quod in quibusdam locis receptum, non dubium eſt, quin ſecundum ſtatuta loci ſucceſſio inſtitui debeat, conf. PRAES. *in tr. iur. eccleſ. proteſt. tit. de conſtitut.* §. 108.

§. XVII. Denique, ſi, nullis relictis heredibus, clericus moritur, bona *vacantia* non *fiſco*, ſed *eccleſiae*, in qua conſtituti fuere, deferuntur per *l.* 20. *C. de epiſc. et cler. auth. licentia. C. eod. in f. nou.* 131. *c.* 13. In concilio Triburienſi idem cautum eſſe refert GRATIANVS *c.* 7. *C.* 12. *q.* 5. quamuis in eo textus iuris canonici non deprehendatur. Verba eius ſunt: *quicunque ex gradu eccleſiaſtico ſine teſtamento et cognatione deceſſerit, hereditas eius ad eccleſiam, vbi deſeruiuit, deuoluatur.* Forſan deſumtus eſt hic canon ex *capitul. Carolin. L.* 5. *c.* 173. *et in addit.* 3. *Ludouici c.* 17. vbi haec eadem verba fere occurrunt. Hunc ſenſum etiam interpretes adſcribunt *c.* 1. *X. de ſucceſſ. ab inteſt.* vt docet GONZALEZ et GRANNANIETTO ad *cit. c.* 1. verum perſpicue id inde deduci non poteſt. Aperte ex adductis textibus liquet, bona vacantia defuncti clerici deferri non *epiſcopo*, ſed *eccleſiae*, cui defunctus deſeruierat, h. e. eius patrimonio, ſicuti alia quoque collegia hoc ius ſpeciatim impetrarunt. Haec eſt ſimpliciſſima legum canonumque ſententia: videamus, quae ſit interpretum. Pontificii itidem vno fere ore docent, eccleſiam, *cui defunctus deſeruierat*, ſuccedere, ſi vero nec eccleſiam nec beneficium ha-

Clerico ſine heredibus decedenti ſuccedit eccleſia.

Digitized by Google

buit, (nam multi ad ſolum titulum *patrimonii* apud eos ordinantur) ſuccedere epiſcopum iure *fiſci*, quod ei aſſignant. Si clericus plura habuit beneficia, bona eius inter eccleſias iuxta proportionem redituum, ex ſingulis eccleſiis perceptorum, diuidenda ſunt, *c.* 12. *X. de teſtam.* ENGEL. *ad tit. de ſucceſſ. ab inteſt. n.* 22. BARBOSA *de offic. epiſc. alleg.* 107. *n.* 16. *ſeqq.* WIESTNER. *ad tit. de ſucceſſ. ab inteſt. n.* 17. *et* 18. Audiamus etiam proteſtantes. SCHILTERVS *lib. I. inſt. can. tit.* 18. §. 17. *ait*, hoc caſu ſuccedere *epiſcopum aut ſummam poteſtatem ſacram.* Non vero ſatis determinat, quis eam habeat. Mox enim hanc ſoli *principi*, mox *eccleſiae*, ex tribus ordinibus conſtanti, adſcribit. Cum vero *epiſcopi* mentionem faciat, credibile eſt, eo nomine *principem* intellexiſſe, cui *iura epiſcopalia* paſſim adſcribit, ſed ita a mente legum admodum declinat. Princeps ſane non eſt *eccleſia*, cui ſucceſſio in iure tributa eſt, ſicuti olim ALEXANDER III. in *c.* 12. *X. de teſtam.* recte cenſuit, voce *eccleſiae* epiſcopum intelligi haud debere CARPZOVIVS *lib.* 3. *iurispr. conſiſt. def* 9. adhuc magis recedit a mente legum et canonum, putatque *immobilia* cedere *magiſtratui loci*, vbi ſunt ſita, quod horum intuitu clericus eius ſubditus fuerit, quod tamen duntaxat ratione *fori*, non vero *abſolute* eſſe intelligendum ſupra dixi. Leges ſane non habita ratione bonorum defuncti clerici hereditatem aſſignant *eccleſiae*, quamuis eo tempore quoque forum rei ſitae in vſu fuerit. Mobilia vero non magiſtratui loci, ſed iudici epiſcopali, qui iurisdictionem per conſiſtoria exercet, deferri cenſet *ibid. n.* 10. cum epiſcopi aeque fiſcum habeant ac alii principes ſeculares. Admodum ſane incongrue. Bona vacantia clericorum deferuntur *eccleſiae*, non iure *fiſci*, ſed *collegii*, cui hoc ius ſpeciatim tributum eſt. Inde in LL. notanter dicitur, quod eccleſiae bona deferri debeant, *in qua conſtitutus fuit*, ſeu

vbi

Digitized by Google

vbi deſeruiuit. Quis autem ſingulis eccleſiis particularibus *ius fiſci* tribueret? Decepti ſunt interpretes quorundam interpretum iuris pontificii doctrina, qua per *eccleſiam* epiſcopum intellexerunt, proteſtantes autem ſuum principem *epiſcopum* eſſe voluerunt. vid. REINKING. *de regim. ſecul. et eccleſ. lib. III. claſſ. I. c.* 10. *n.* 14. COLER. *de proceſſ. execut. P. I. c.* 3. *n.* 207. Sane olim in Saxonia clericis eccleſiam ſucceſſiſſe, praeiudiciis probat AMBROS. SCHVRER. *de ſucceſſ. tit.* 17. *lim.* 4. Quae cum ita ſint, facile liquet, bona defuncti clerici vacantia, vbicunque ſita fuerint, *indiſtincte* deferri eccleſiae, in qua conſtitutus fuerit, cum *ex qualitate defuncti* ius ſuccedendi aeſtimandum ſit.

§. XVIII. Ad *monachorum hereditatem* pergo, ſi *nouitii* ante profeſſionem moriuntur, quidam non dubitant, eorum hereditatem monaſterio addicere, v. *Marpurg. conſ. vol. I. conſ.* 25. *n.* 143. quod ſua bona ei potius quam heredibus ab inteſtato relinquere voluiſſe praeſumantur. Verum haec praeſumtio inanis eſt, poſtquam iura diſpoſuerunt, demum per profeſſionem ſeu tranſitum in monaſterium bona eidem addici, adeoque verius eſt a ſucceſſione nouitiorum heredes ab inteſtato non eſſe arcendos, vti recte cenſuit WIESTNER. *ad tit. X. de ſucceſſ. ab inteſt. n.* 31. Cardin. LVCA *tract. de regul. diſp. I. n.* 118. *et diſc.* 40. *n.* 13. *et* 40. Non enim ſufficit ſola *praeſumta voluntas*, quae etiam fallere poteſt, ſed *legitime* et *euidenter* declarata eſſe debet. *Nouitiis ſuccedunt heredes ab inteſtato.*

§. XIX. Facta profeſſione, ſiue fuerint *monachi* ſiue *canonici regulares* ſiue *ordinis militaris ſodales*, monaſterio omnes res oblatae cenſentur, ſi ante nulla eſt facta diſpoſitio vltimae voluntatis. *nou.* 5. *c.* 5. et inde deſumta *authen. nunc autem. C. de epiſc. et cleric. Authent. ingreſſi. et auth. ſi qua mulier. C. de SS. eccleſ.* Ante IVSTINIANVM *Monachi acquirunt bona ſua monaſterio inter viuos, non iure hereditario.*

Digitized by Google

per ingreſſum in monaſterium ſucceſſio heredibus ab inteſtato non interuertebatur, ſed monaſterium demum ſuccedebat, deficientibus omnibus heredibus, *l.* 20. *C. de epiſc. et cler.* Ex huius imperatoris diſpoſitione monaſterium non tam ſuccedit ab inteſtato, quam ex eius tacita *oblatione inter viuos* bona acquirit. *cit. auth. ingreſſi.* Supra iam obſeruaui, eum *iuridica conſideratione*, pro mortuo haberi non poſſe, poſtquam ingreſſus eſt in monaſterium, vt quidem alias cenſent, indeque collegi, facto ante profeſſionem teſtamento, reditus bonorum per ipſum interim monaſterio acquiri. Imo quicquid monachus conſtante profeſſione acquirit, monaſterio acquirit, et ita hereditas ei deferri poteſt, quam monaſterium nomine eius capit, et de qua amplius diſponere nequit. ENGEL. *de iure et priuil. monaſt. priuil.* 11. Quin quod ex licentia praelati poſſit eſſe procurator in iudicio, epiſcopi vicarius, et eligi epiſcopus, quae omnia oſtendunt, erroneum eſſe vulgatum quorundam aſſertum, eum *pro mortuo ciuiliter* haberi. Qui hoc ſupponunt, non poſſunt non inde inferre, monacho ſtatim ſuccedere monaſterium, ſimulac profeſſionem fecit, qui ſtatim pro mortuo habetur. Quia vero hoc falſum eſt, dixi monaſterium bona monachi acquirere inter viuos. Haec tamen acquiſitio nihilominus fit *per vniuerſitatem*, cum etiam arrogatio inter viuos fiat, et tamen *titulus vniverſalis* ſit. §. *vlt. I. per quas perſon. cuique acquir.* Abuſiue loquuntur Dd. quando aiunt: *Monachum non habere heredem niſi monaſterium.* E contrario Eremitis ſuccedunt heredes ab inteſtato, quippe qui profeſſionem nullam edunt. FRANCISC. NIGER. CYRIACVS *contr.* 100. *n.* 20.

Salua liberorum legitima. §. XX. Notandum tamen eſt, 1) acquiri bona monaſterio vel ordini, ſalua tamen legitima iis praeſtanda, quibus iure aſſignata eſt. *auth. nunc autem. C. de epiſc. et cler.*

Digitized by Google

cler. quae tamen demum poſt mortem monachi debetur. *l. f. D. ſi quis a par. manum. auth. ſi qua mulier. C. eod.* 2) Fratribus minoribus et in genere *mendicantibus* ſuccedi volunt per conſanguineos, per quos alias ſuccederetur, ſi nunquam intraſſent religionem. NICOLAVS de VBALDIS *de ſucceſſ. cleric. P. II. n.* 9. In Franciſci enim regula continetur, quod nec *ſigillatim* nec *in communi* aliquid acquirere poſſint, et quamuis pontifex dominium rerum illis obuenientium ſibi olim adſcripſerit, eidem tamen IOHANNES XXII. renunciauit in *c.* 3. *de V. S.* Sed nonnulli ordines mendicantium hodie per priuilegium pontificis obtinuerunt, vt bona acquirere posſint, quorum ab aliis monachis, de quibus antea dictum eſt, non eſt diuerſa ratio. 3) Quae de ordinum militarium ſodalibus hic dici poſſent, ex iis, quae *cap. antec.* fuſius dicta, facile colligi poſſunt, adeoque illa haud reguſtabo, ſed potius riuos iam claudendos eſſe arbitror.

Quid iuris in fratrum minorum bonis.

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXVII.

AD LIBR. XXVIII. PAND. TIT. I.

DE PRVDENTIA LEGISLATORIA IVRIS LVBECENSIS IN MATERIA

DE SVCCESSIONE TESTAMENTARIA.

CAP. I.

DE PRVDENTIA LEGISLATORIA IN GENERE.

ARGVMENTVM.

I. *Inſtituti ratio. II. Diuiſio legis. III. Ciuilis quid? IV - VIII. Libertas naturalis iure ciuili ex ſalute publica reſtricta. IX. Prudentia legislatoria circa Statuta, vt ſint ſufficientia. X. XI. XII. nec multitudine laborent. XIII. in lingua vernacula promulgentur, XIV. et inuicem bene cohaereant. XV. An opus ſit iure ſubſidiario. XVI. De ſtatuto ſufficienti. XVII. Quale ſit ius ſubſidiarium. XVIII. XIX. Ius Romanum ex receptione in ſubſidium obligat. XX. De opinionibus Doctorum. XXI. De emendandis moribus.*

§. I.

Ratio inſtituti.

Cum animus mihi ſit examinandi *prudentiam Legislatoriam Iuris Lubec. in materia de ſucceſſionibus*, praemittenda omnino fuerunt nonnulla generatim, quae pertinent ad recte examinandas leges vbiuis locorum in praxi obſervatas. Niſi enim antea certum aliquod fundamentum prudentiae Legislatoriae exſtrueremus, difficilius foret, ſecundum antiquatas iam politicae Ariſtotelicae

Digitized by Google

telicae regulas, laudatam illam Lubecenſium circa leges condendas prudentiam ſufficienter demonſtrare. A primis itaque rudimentis totam hanc doctrinam breuiter repetendam eſſe, perſpicuitatis cauſſa neceſſum duxi.

§. II. Omnes autem leges prudenter latae debent habere rationem vel *naturalem*, ſingulis hominibus in vniuerſum communem, vel *ciuilem* ſeu politicam, quae ſe fundat in natura et vtilitate aut conſeruanda aut promouenda huius vel illius ſocietatis a quibusdam ad certum aliquem finem initae. Illae leges ratione communi gaudentes dicuntur *naturales*, ſeu iuris naturae, quod praecipit neminem in vſu iuris ſui vel a natura conceſſi, vel ex conuentione acquiſiti turbare. Hoc ius immutabile eſt, et inter omnes gentes, quae ſpeciali lege non vtuntur, neceſſario obſeruandum venit. Nec eſt, quod dicas: leges ciuiles tamen immutare ius naturae: nam immutabile eſt quoad praecepta circa ius et obligationem in genere, qualia ſunt: *tuam obligationem praeſta; alterius ius non laede*; non autem immutabile eſt circa determinandum ius et deſignandam ſeu circumſcribendam obligationem. Princeps enim inter ſubditos ſuos *ius* quorundam *extendere*, et ſic *obligationi* eorum quicquam *detrahere*, aut vero *ius* aliorum *minuere*, eorumque *obligationem dilatare* vi ſummae poteſtatis valet, quorſum collimat ICtus in *L. 6. ff. de I. et I.* *Diuiſio legis.*

§. III. In hoc itaque tota baſis legum ciuilium quaerenda eſt, imo inde ſua ſponte ſequitur, vt inter pares, qui nullum agnoſcunt imperium, non detur lex ciuilis, bene tamen conuentio, vtut paciſcentes ex poſt facto eodem modo obliget, ac ſi lege proprie dicta eſſent conſtricti. Summa enim Maieſtas, quae conſiſtit in libera circa *iura et obligationes ſubiectorum* ad vtilitatem communem diſpoſitione, hoc ſibi ſoli vindicat, leges nempe ciuiles con- *Quid lex ciuilis.*

Digitized by Google

dere, easque forti quadam, iuſta tamen manu, executioni mandare. Nec contrarium hic ſuadet pietas erga Deum ſeu Chriſtiana charitas, dum primo quaeſtiones politicae cum theologicis non indiſtincte confundi, nec dicta ſcripturae ad quosuis caſus politicos applicari debeant. Meo quidem iudicio male argumentantur, qui dicunt: *quodcunque Chriſtus omnibus ſuis diſcipulis praecepit, illud neceſſario etiam Chriſtiano Principi in gubernanda republica et negotiis publicis expediendis eſt obſeruandum*; videant quaeſo, qualis euentus ſperandus fuiſſet, ſi quis ſubditos rebelles vi et armis ad officium haud redigendos eſſe exiſtimaret, quia cum expreſſo Chriſti mandato haec methodus pugnaret, dum *Matth. V.* 44. ait: *benefacite iis, qui vos oderunt*, etc. Tum exempla tam Veteris quam Noui teſtamenti, imo ipſius Dei ſatis euincunt, principi ex ſalutis publicae rationibus circa ius et obligationem ſubditorum diſpoſitionem competere.

Libertas naturalis lege extenſa.

§. IV. Conſtat ergo de poteſtate principis reſtringendi et dilatandi tam iura quam obligationes ciuium ſuorum, nec deſunt exempla, quae de utroque caſu in medium proferri poſſint. Non raro inuenimus in legibus ciuilibus ſeu ſtatutis, quod ius a natura homini conceſſum ſiue libertatem naturalem extenderint, et plerumque non ſine ratione quadam *ſtatui Reip.* apprime conuenienti. Sic in iure Lubecenſi ius conceſſum eſt coniugi ſuperſtiti, vt in caſum, ſi alter absque liberis deceſſerit, ſemiſſem relictae hereditatis partem capere poſſit, cum ſecundum ordinem naturalem tota hereditas ad proximos conſanguineos deuoluatur. Non inepta huic legi ſubeſt ratio, quae vt eo magis dilucida fiat, breuibus eam hic loci expediemus. Hodierni ICti hanc ſucceſſionem ex *communione bonorum* communiter quidem, ſed minus congrue deducunt, cum ex Iure ſocietatis minime fluat, quod alter ſociorum ſoluta

ta

Digitized by Google

ta ſocietate per mortem aliquam partem ex hereditate defuncti ſocii lucretur, nam etiam de iure Lubec. vxore mortua maritus nil niſi dimidiam dotis partem reſtituit, communio vero bonorum exigit, vt ſoluta ſocietate tota ſors aequaliter diuidatur. Proinde haec diſpoſitio potius ex politico quodam fundamento originem traxiſſe videtur, quia facit ad vtilitatem ciuitatis mercatoriae conſeruandam. Quam plurimi inſtitores exigui admodum patrimonii vxorem ducunt filiam diuitem exercitorum ſuorum, cuius dote ipſi mercaturam etiam in regionibus transmarinis exercere incipiunt. Si itaque uxor breui moreretur, et ſic integra dos a ſuperſtite marito ſoluenda eſſet, ad coeptam mercaturam proſequendam non ſufficeret eius patrimonium, cum tamen ſalua negotiatione dimidiam partem reſtituere, et ſic facillime fidem apud alios mercatores quaeſitam conſeruare valeret.

§. V. Notum exemplum iuris extenſi occurrit in Republica Lacedaemoniorum, in qua vnicuique, praeſertim iuuenibus, permiſſum erat, res alterius impune auferre, hac tamen conditione, ne in furto deprehenderetur, vid. XENOPHON *de Rep. Lacedaem.* Reſpexit Lycurgus hac in lege ad ſtatum bellicum illius ciuitatis, obſeruans, quod in bello tam ſolertia in defendendo, quam aſtutia in damno hoſtibus inferendo alteram faciat paginam, ciues ſuos domi quoque ad vtrumque genus paratos et inſtructos reddere voluit, vt eo magis, tempeſtate bellica exorta, ad idem pro ſalute Reipublicae exercendum parati eſſent. Eodem modo res ſeſe habet apud Iſraelitas, qui iuſſu Dei vaſa ab Aegyptiis commodata ſecum in deſertum abſtulerunt. Deus enim, qui tanquam ſumma Maieſtas plenariam habet in ſingulorum bona poteſtatem, ſalua ſua et Iſraelitarum iuſtitia eis ius in vaſa Aegyptiorum concedere potuit. Nemo et hodie damnat principem, qui ciui- *Aliud exemplum.*

Digitized by Google

bus agros prope vrbem ſitos ad muniendam vrbem praeſtita indemnitate adimit. Si tamen de iuſtitia iſtius Lacedaemoniorum legis quoddam tibi reſtaret dubium, perpendas quaeſo, quod in ſtatu democratico Lacedaemoniorum omnes leges per comitia et ſic per conſenſum ciuium conderentur, vnicuique autem licitum ſit de iure ſuo remittere, et cum altero conuenire, vt v. gr. pretioſum horologium ei donare velit, ſi ſe inſcio ex marſupio illud trahere poſſit.

Ius naturae lege ciuili reſtrictum.

§. VI. Nec pauciora occurrunt exempla earum legum, quae libertatem ſeu Ius naturale reſtringunt. Vnicum ex iure Lubecenſi adducemus. Diſponitur *art. 6. tit.* 10. *Lib.* 1. quod nemo bona, per hereditatem accepta, libere et pro lubitu alienare poſſit, ſed quod ſemper ad validam alienationem requiratur aut conſenſus heredum, aut vrgens quaedam neceſſitas iuramento prius demonſtrata. Ratio politica, cui originem haec lex debet, ſatis perſpicua eſt. Intereſt enim reipublicae, ne familiae per luxuriam opibus deſtituantur, ideoque ſucceſſores inopia coacti a matrimoniis abſtineant. Prudenter itaque *cit. art.* libertas naturalis diſponendi de rebus ſuis ita limitata eſt, vt vix dominium plenum in haec bona hereditaria ſupereſſe videatur. Expectas legem quandam ius naturale reſtringentem ex prudentiſſima Iudaeorum republica, euolue eius conſtitutiones matrimoniales, et habebis caſum, quod nemo vxorem niſi e tribu ſua ducere potuerit, non obſtante libertate naturali, ducendi quamcunque quis velit. Pertinent ad hanc legum claſſem quoque Leges ſumtuariae, *die Kleider-Ordnungen*, cet.

An leges ciuiles neceſſariae?

§. VII. Iam quaeritur quoad prudentiam legislatoriam, num conſultius ſit, ſolo dictamine iuris naturae in decidendis controuerſiis ciuium vti, an vero quaeuis reſpublica opus habeat certis legibus ciuilibus. Negari quidem nequit, poſſe quodammodo rempublicam florere, ſi ſola lege

ge naturali in cauſſis ciuium controuerſis vtatur, ſed vix vnica adduci poteſt, quae non per conſuetudines aut leges ſcriptas iuri et obligationi naturali nouos limites poſuerit. Habent enim ſingulae ciuitates certum quendam finem et fundamentum, in quo tota ſalus reipublicae ſita eſt. Sic confoederatum Belgium conſeruatur commerciis exoticis, *durch die Zufuhr fremder Waaren.* Suecia contra praeuidet, vires ſuas hoc ipſo debilitari, hinc exceptis cibariis exoticae merces ſub poena, ni fallor, confiſcationis aſportari vetantur, aut certe ſub graui quodam vectigali aſportandae permittuntur. Sicut itaque prudentia priuata ſingulos homines docet, qua ratione hoc vel illo caſu non debeant vti libertate ſua naturali, ſi felicitatem ſuam impedire nolint; ita prudentia legislatoria monſtrat, quomodo ciues incauto vſu libertatis ſuae naturalis ſaluti communi noceant. Quia autem plerique vtilitatem communem non perpendunt, et reliquorum intereſt, ne abuſu libertatis ab vno facto tota reſpublica detrimentum capiat, hinc legibus ciuilibus huic malo proſpicitur, et *ius* vel etiam *obligatio* naturalis pro re nata reſtringitur.

Leges recte et reſtringunt et laxant ius naturae.

§. VIII. Vides ergo legibus ciuilibus opus eſſe, ſed an leges debeant ius naturae *reſtringere*, an vero *dilatare* ſeu *laxare*, iam examinandum venit. Supra oſtenſum, vtrumque ſalua *aequitate* licere, exempla quoque adducta ſunt, ex quibus ſimul apparet, quod *prudentia*, exigente *neceſſitate* et *vtilitate cuiuscunque ciuitatis*, vtrumque admittat. Omnis enim lex prudenter lata dicitur, quae tendit ad conſeruandam et promouendam ſocietatem ciuilem. Refer hic legem Suecicam et Belgicam de inuehendis mercibus exoticis ſupra §. *praecedenti* allatam.

Digitized by Google

De prudentia legislatoria circa ſtatuta.

§. IX. Progrediendo ad prudentiam legislatoriam in genere, prius ſolliciti erimus de quidusbam regulis in condendo iure ſtatutario obſeruandis, quarum illa primum locum obtinet, quae docet, quod nihil magis proficuum ſit ciuibus, quam *omnia negotia in ciuitate frequentia certis includere conſtitutionibus.* Sic enim ciues quacunque in re contrahentes ſtatim cognoſcere poſſunt, an valide agant contrahantue, cum non raro ex ignorantia iuris multum damni ſibi conſciſcere ſoleant. Saepe numero legum Romanarum inſcius paterfamilias vi §. *un. I. de liter. obligat.* indebitum ſoluere tenetur ex contractu chirographario, ſi exceptionem non numeratae pecuniae intra biennium non oppoſuerit. Regula noſtra de iis quoque caſibus intelligenda, quae deciſioni iuris naturae relinquuntur. Pauciſſimi ciuium eo pollent ingenii acumine, vt *concluſiones* iuris naturae *ſpeciales* et *remotiores* debite elicere poſſint, multo minus ciuile illud ius Romanum in praxi obſeruatum ſatis cognitum habent, cum hae leges idiomate latino latae ſint, et ipſi interpretes non raro circa verum vocum intellectum fallant. Et licet vel maxime interdum opera interpretum germanice conſcripta adſint, terminos tamen iuridicos e iurisprudentia Romana petitos vbique immixtos reperies, quo pacto huiusmodi libri parum vtilitatis ciuibus noſtris quoad hanc cauſſam adferre valent. Hoc certe conclamatum eſt, quod, ſi incolae cuiusque regionis ipſimet percipere poſſent, non adhibito prius celeberrimi alicuius ICti pretioſo conſilio, in quantum iuſtitia cauſſae in ſuam inclinaret partem, quod, inquam, ingentes ſumptus, quibus iniqui cauſſarum patroni eiusque farinae iudices diuitias comparant, facere haud neceſſum haberent. Nullae ſane frequentiores a litigantibus ſparguntur querelae, cauſſa ſua diutiſſime ventilata iamque deperdita, quam illae, quibus multa conuitia in cauſſae patro-

Leges ſint ſufficientes.

Digitized by Google

patronos et iudices conferunt, qui priuatis ſaepe conſiliis cauſſam dederunt ad iacturam tantarum pecuniae ſummarum.

§. X. Cauendum porro in ſtatutis prudenter ferendis omnino a *nimia legum multitudine*, qua non ſolum exoptata rabulis occaſio datur omnia commiſcendi, cauſſasque miris inuoluere inuolucris, ſed et intentio legislatoris, vt omnes ciues debite leges percipiant, maxime impeditur. Hic prae ceteris notanda venit iurisprudentia Romana, et praeſertim anteiuſtinianea, cuius leges et deciſiones prudentum in illam molem creuerunt, vt vix decem vel viginti annis etiam perpetua cum ſedulitate a ſtudioſis iuris addiſci potuerit. Quid exiſtimandum de illis ciuibus Romanis ſtudio iuridico nullam operam nauantibus? An credere licet, hos ſatis inſtructos fuiſſe, qua ratione actiones ſuas valide aut impune inſtituere deberent? et quomodo poterant de iuſtitia et validitate negotiorum ſuorum certi eſſe, cum ignorabant earum normas in tanta legum multitudine abditas? Certe ad obſeruationem huius regulae multum facit, ſi legislator abſtineat a nimiis ſubtilitatibus atque exceptionibus, legesque ſumma breuitate absque multis ratiociniis promulget, quod recte notat SENECA *epiſt.* 94. dicens: non probo, quod Platonis LL. adiecta principia ſunt, legem enim breuem eſſe oportet, quo facilius ab imperitis teneatur, iubeat, non diſputet, nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius, quam lex cum prologo. *Nec tamen multae.*

§. XI. Regeris procul dubio, hanc regulam priori plane videri contrariam, cum impoſſibile ſit ob innumeras hominum actiones, paucis legibus negotia ciuilia includere. Dubium vero hoc plane tibi ſublatum erit, ſi conſideras, quod prima regula tantum agat de *negotiis* in ciuitate *frequentioribus*, quod et ICtus *L.* 3. 4. 5. 6. 10. 12. *ff. de legib.* notare voluit. Nam nec de quaeſtionibus Domitianis, nec de caſibus rariſſimis leges ferendas eſſe vnicui-

Digitized by Google

vnicuique patet. Facilius quoque *imaginariam* illam harum regularum *contradictionem* conciliabis, ſi prius tibi hoc aſſertum ſatis demonſtratum ſit, omnia negotia ciuilia in vrbe frequentia pauciſſimis legibus ita includi poſſe, vt ſtatim cuique appareat, an valide vel non valide actum ſit. Exemplo forſan res dilucidior fiet, quod prudentia legislatoria Lubecenſium quodammodo nobis ſuppeditabit.

Exemplum ſtatuti breuis et ſufficientis. §. XII. Duobus breuiſſimis titulis omnis materia de donationibus iure Lubecenſi expedita eſt, diſtinguendo inter *bona hereditaria* et *acquiſita*. Bona hereditaria donari nequeunt abſque conſenſu heredum, *art. V. tit. IX. lib. I.* de bonis acquiſitis maſculus libere donat, relictis tantum heredi ſuo octo ſolid. et 4. nummis, *art. II. cit. tit.* Donatio inter coniuges reciproca de acquiſitis valet, ſi liberi non ſuperſint, ſi vero ſuperſint, non valet abſque eorum conſenſu, *tit. VI.* foemina non donat, niſi de acquiſitis marito reciproce ut maſculus. *Tit. VI. art. I. II.* et ſi vidua eſt, donat de hereditariis valide cum heredum conſenſu, de acquiſitis cum conſenſu curatoris; ſi liberis ſit deſtituta, donare poteſt vsque ad triginta ſex marcarum Lubecenſium pretium. Applicato itaque *Articulo II. Tit. IX.* ad mariti donationem vnilateralem vxori factam, nihil diſpoſitioni prudenti circa materiam donationum deeſſe puto, nullusque caſus facile exorietur, quem non quilibet ſecundum hanc diſpoſitionem ſtatim decidere poſſit. Exoptandum ſane foret, vt omnes principes poteſtate legislatoria gaudentes Iurisprudentiam prouincialem emendare inciperent, imitarenturque Ludouicum Galliae Regem, qui edito *corpore Iuris Ludouiciano* ſuppreſſae iuſtitiae in regionibus ſuis ſuccurrere elaborauit. Quid multa? hoc quoque noſtratibus eſſet inculcandum ſuadendumque, vt plane nulla haberetur ratio iuris ciuilis

Digitized by Google

ciuilis Romani, nec interpretationem iuris ſtatutarii ex eo fieri permittant, de quo pluribus §. de prudentia circa ius ſubſidiarium. Si enim concluſiones *L.* 5. 25. 40. 5. §. 8. 7. 14. 42. *ff. de donat. inter Virum et Vx. L.* 32. §. 2. *et* 5. et reliqua, quae pluribus LAVTERBACHIVS ſub duobus titulis fuſe explicat, iam ſupra laudatis conſtitutionibus *Lubecenſium* iungere velis, iurisprudentiam habebis et minus cohaerentem, et ob innumeras limitationes et ſublimitationes difficilem, quo pacto iterum anſa dabitur ciuibus incurrendi in nouas lites.

§. XIII. Accedimus ad tertiam prudentiae legislatoriae regulam: *quod leges illo ſermone ſint promulgandae, quo ciues illius regionis vt plurimum vtuntur*, quorſum collimat *l.* 9. *C. de legib.* Hinc in illis locis Germaniae, vbi colonia Gallorum reformatae religioni addicta domicilium ſibi conſtituit, edicta nouiora et gallico et germanico ſermone eduntur. Quomodo enim illis legum transgreſſio eſſet imputanda, qui leges latas non intelligunt? Iure itaque notatur Imperator Caligula, qui leges nouiter latas in illam altitudinem ſuſpendi, tamque minutiſſimis literis ſcribi curauit, vt eas a ſubditis legi plane impoſſibile fuerit. Huc facientem lectu digniſſimam obſeruationem habet Praeſes in *diſſ. de Scripturis non legibilibus, cap. II.* §. 18. Nulla lex obligat, niſi promulgata ſit, promulgationis vero fundamentum non quaerendum in publicatione quacunque, ſed illa demum, qua leges facile in ſubditorum notitiam peruenire, et plerique ciues eas percipere valeant. Idem vult PRASCHIVS *de ICto vero et perſonat.* §. 17. *omne ius*, ait, *eatenus obligat, qua intelligitur, nec lex habetur niſi promulgata: nec promulgata, niſi ad notitiam hominum ſufficienter atque adeo linguae vernaculae remigio deducta.* Caueas tamen, ne ex *L.* 9. *C. de LL.* inferas, ſi eruditi legem intelligant, nec ex-

Leges rite ſunt promulgandae.

cuſandos eſſe ſubditos, qui per ICōſultos peritiores edicti ſenſum percipere potuiſſent: imprudentiae potius legislatoriae adiudices, quod legislator de negotiis inter ciues frequentibus non iisdem locutus ſit verbis, quibus ciues inter ſe vti ſoleut. Licet ſatis palpabilis ſit huius regulae veritas, tamen nihilominus contrarium in praxi occurrere eſt quod mireris, quod unico ſaltem exemplo illuſtrabimus: Caius legauit fideicommiſſum cum poteſtate alienandi. Quaeritur, in quantum fideicommiſſarius alienare poſſit; Noſtri ICti *ex auth. contra. C. ad SCtum Trebellianicum* reſpondent, non in totum, ſed vsque ad quartam partem. Hanc deciſionem iuris Romani et hodiernorum ICtorum pauciſſimis ſubditis notam eſſe conſtat, nihilo tamen ſecius in praxi ita pronunciatum, et voluntatem teſtatoris explicatam ſcimus, vtut certum ſit, intentionem teſtatoris fuiſſe, omnem alienandi poteſtatem in fideicommiſſarium transferendi, et vt in caſum, ſi non alienauerit, aut in quantum non alienauerit, tanquam fideicommiſſum ab eius herede reſtituatur. Hoc tamen non obſtante citatae authenticae ignari ſecundum eam diiudicantur, et ſic *Nov. Leonis* 77. quoad prudentiam legislatoriam in Germania non recepta videtur. Nota etiam occaſione huius fideicommiſſi in genere, quod naeuus praxis noſtrae ſit, ſi aduocati vel notarii nomina certis effectibus iuris Romani gaudentia, ex corpore illius iuris in noſtra inſtrumenta germanica transponant, nec v. gr. voluntatem teſtatoris clare germanicis verbis exprimant. Conſultius enim foret, ſi loco vocis obſcurae et paucis notae *fideicommiſſi* tota ſeries rerum ita circumſcriberetur: *Titio lego hortum cum omni poteſtate alienandi*, *quatenus autem non alienatus fuit tempore mortis eius*, *peto*, *vt reſtituatur a ſuis heredibus noſtrae familiae ſeniori.*

§ XIV.

Digitized by Google

§. XIV. Ad quartam prudentiae legiſlatoriae circa ſtatuta regulam referimus: *Vt Iuriſprudentia ſtatutaria bene cohaereat.* Naeuo ſane indubitabili contra hanc regulam laborat iuriſprudentia romana et nouior. Qua de re ſpecimen habebis in materia *de operis ſeruorum legatis*, quas *L.* 3. *et* 4. *pr. ff. cit. t.* ad vſumfructum, *L.* 5. *eod.* ad vſum ſerui, *L.* 1. *et* 2. *eod.* vero ad tertium ſeruitutis perſonalis genus retulerunt. Nec putandum, noſtram praxin ab hoc naeuo plane eſſe purgatam, quin potius vbiuis locorum eo abundat. Communis ICtorum noſtrorum cantilena eſt, quod aduocato non liceat cum cliente de quota litis paciſci. *L.* 53. *de pactis.* Sed haec lex in tali ſe fundat ratione apud Romanos, quam ad noſtrum hodiernum ſtatum applicare nequimus. Vi iuris antiqui Romanorum patricii h. e. patroni ſuis clientibus gratis ſuccurrere obligati erant, et cum nihilominus auari patroni munuſcula a clientibus extorquerent, lege Cincia hoc prohibitum, et tandem permiſſum, vt patroni honorarium ad ſummam centum aureorum reſtrictum capere poſſent, ex quo et hoc colligo, pactum de quota litis infra centum aureos ſubſtitiſſe tunc temporis, ſolebant vero in fraudem huius legis pactum de quota litis inire, et ex hac ratione tale pactum iure Rom. improbatur. Iure Germanorum antiquo et nouiore nulla certa ſumma patronis praeſcripta eſt, nihilo tamen ſecius pactum de quota litis et hodie aduocatis prohibitum eſſe, omnes aſſerunt, non perpendentes, *cit. l.* 53. ad conſeruationem legis Cinciae latam eſſe, ne permiſſo pacto ſumma 100. aureorum excedatur. *L.* 1. §. 10. *et* 12. BRVMMER. *ad L. Cinciam*, et ſic principio reiecto, concluſionem in praxi receperunt.

Leges bene cohaereant.

§. XV. Nunc pergendum ad prudentiam legiſlatoriam circa IVS SVBSIDIARIVM. Prius autem non immerito quaeritur, an tale ius ſubſidiarium in ſtatu ciuili neceſſa-

An ius ſubſidiarium neceſſe ſit.

Digitized by Google

rium ſit, vbi hoc tenendum. Si quaeſtio eſt de ſtatu hodierno iurisprudentiae in plerisque ciuitatibus vſitatae, non dubium, quin affirmanda ſit iuris ſubſidiarii neceſſitas, quod et experientia ſatis confirmat, dum nulla, quod ſciam, respublica eiusmodi iure ſtatutario gaudeat, quod negotiis in ciuitate frequentioribus ſufficiens ſit. Si vero in quaeſtionem veniat: An impoſſibile ſit legibus ſtatutariis ita inſtruere ciuitatem, vt nullo opus habeat iure ſcripto ſubſidiario? plane hoc ſecundum noſtra negatur principia. Diffiteri hic loci nequeo, magis multitudinem diſſentientium quam rationem probabilem aſſertiones noſtras dubias feciſſe. Praeter ſpecimen illud ſupra §. 12. in materia de donationibus exhibitum addam hac vice doctrinam alias intricatam de contractibus ſecundum hactenus ſuppoſita principia adornatam, quam non ita pridem vir quidam in praxi verſatiſſimus mihi exhibuit.

Exemplum ſtatuti ſufficiens absque iure ſubſidiario.

§. XVI. Et placet hic loci theſes breuiſſimas celeberrimi viri iisdem verbis, quibus accepi, adducere: *I) de contractibus in genere.* Omnis mas valide contrahit, qui liberam habet rerum ſuarum diſpoſitionem, qui vero vel patrem, vel tutorem, vel curatorem habet, aut pacto vel ſtatuto aliorum voluntati ſubiacet, ad validitatem contractus inſuper opus habet eorum conſenſu. Mulier nunquam per ſe valide contrahit absque conſenſu aut mariti aut curatoris, niſi in rebus oeconomicis et ad rem familiarem ſpectantibus, aut mercatrix ſit, vbi praeſumptus adeſt mariti vel curatoris conſenſus. Contractus de iis rebus, in quas alter ius habet, non valet, ſi modo vſus iuris alterius eo ipſo reſtrictus aut imminutus fiat. Contractus neceſſario debet impleri, niſi alio modo hoc fieri nequit, tunc enim praeſtatur intereſſe. Dolus occultus, metus poſitiuus, et error probabilis inualidant contractum, modo absque his nunquam fuiſſet contractum: *II) de emptione venditione:* absque

Digitized by Google

abſque certo pretio et ante arrhae dationem emptio eſt imperfecta, nullaque ab vtraque parte obligatio. Emptor et venditor vna perſona eſſe nequit. Emptio rei tempore contractus non exiſtentis inualida eſt, niſi ſit emptio rei futurae, quae ſi empta per auerſionem, tenetur emptor, licet nihil exiſtat, ſi ad certam quantitatem, pretium nullum debetur, ſi nihil exiſtat. Vnicum hunc contractum adducere volui, reliqua breuitatis ſtudio omitto. Sententiam itaque huius viri publice hic defendere audeo, quod omnes caſus a Domino LAVTERBACH. a p. 298. usque ad p. 310. ad Tit. de contrah. empt. fuſius explicati facillimo negotio ex pauciſſimis hiſce adductis theſibus decidi poſſint, licet forſan et ipſe circa deciſiones ſpecialiores nonnulla monenda habeam. Sufficit demonſtraſſe poſſibilitatem condendi huiusmodi ſtatuta, quae non indigent iure ſcripto ſubſidiario, ſed tantum vſu rationis in interpretando et applicando.

§. XVII. Interim cum hodierna Iurisprudentia iure ſubſidiario carere nequeat, videndum, an prudentia ſuadeat, ſolum *ius naturae* in ſubſidium, an vero *ciuile* quoddam alius ciuitatis aſſumendum eſſe. Leguleiorum cohors omni niſu ius naturae eliminare, et e foris ſimul ac academiis eiicere dudum laborauit, et adhuc, ſed fruſtraneo conatu laborat. Plerique adducunt incertitudinem iuris naturae, cum quilibet ſecundum ſuam voluntatis inclinationem ius quoddam naturae ab aliorum diuerſum ſibi exſtruere conetur, quo pacto nulla iuris certitudo in praxi ſtatuenda videtur. Sed licet concedamus, Doctores iuris naturalis ita inter ſe diſcrepare, ipſum tamen ius hoc vitio non laborat, nec in hoc paſſu ius ciuile aliquam praerogatiuam prae naturali ſibi vindicare poteſt, ſi enim non maior, certe tamen eadem iuris forenſis incertitudo ex Romanis legibus oritur. Omnes in eo conſentiunt, leges

De iure ſubſidiario.

an hoc ſit ius naturae.

ges

ges ex corpore Iuris Iuſtinianeo non ideo vim iuris in Germania obtinere, quia a Iuſtiniano latae, ſed quia in foris Germaniae *receptae* ſunt, hinc magnae lites inter ICtos exſurgunt, an lex quaedam ſit recepta vel non. Exemplo vt rem declaremus, quaeſtio eſt, an in emtione, vbi facta reſeruatio dominii vsque ad plenariam pretii ſolutionem, periculum ſit penes emtorem, an vero venditorem? SCHILTER. *Ex. XXX.* 157. et CARPZ. I. *reſp.* 108. negant contra communem ſententiam, quod diſpoſitio iuris Romani hic recepta ſit. Simile quid in materia ceſſionis, vbi actiones ceſſae penes cedentem remanebant, hodie deprehendi, eleganter docet STRYK. *diſſert. de actione non ceſſibili, cap.* 11. §. 2. et SCHILT. *XXX.* 64. Cardo rei potiſſimum dependet ex deciſione quaeſtionis, an ius Romanum *vniuerſaliter* receptum, et ſic abrogatio legis probanda veniat, an vero certae quaedam leges ſpeciatim ſint receptae, et ſic ſpecialis receptio in caſu dubio ſit oſtendenda. Et cum Doctores hac de re in vtramque partem inter ſe diſputent, videbimus, quid ex hiſtoria iuris hac de re iudicandum ſit.

An receptio legis ex iure Iuſtinianeo probanda.

Hiſtoria iuris.

§. XVIII. Olim omnes cauſſae ex ſimplicitate morum Germanicorum decidebantur, qui tempore Taciti ne quidem *ſcripti* erant, poſtquam apud Germanos vſus ſcripturae nondum inualuerat. Nec ſeculo XIII. ſub Rudolpho I. ius Rom. in foris receptum fuit, vt ex antiqua membrana docet LEHMANNVS *Chron. Spirenſ. lib. V. c.* 108. addens: *Daß ein iedes Volck, Land und Stadt um die Zeit ſich ſeiner eigenen Rechten und Gewohnheiten, die ſie vor alters hergebracht, beholffen etc.* Fundatis poſtea academiis ſec. XV. facultati iuridicae doctrina iuris ex corpore iuris Canon. et Ciuilis tradenda demandabatur, quo facto ſimul ex iure Romano addiſcendam eſſe putarunt prudentiam legislatoriam, ſeu quales leges condendae, ſimulque exinde

Digitized by Google

exinde iudicandum eſſe, quaenam leges eſſent rationi conformes, et quomodo applicatio legum ad facta inſtituenda eſſet, id quod probe animaduertit CONRADVS SINCERVS *de LL. Germ. antiqu. p. m.* 50. Deſtituebantur illo tempore ICti veris fundamentis politicis ac moralibus, ad quem defectum ſupplendum refugium ſuum habebant ad vaſtum opus legum Romanarum tanquam ad ſacram ancoram. Ita ſucceſſu temporis factum, vt iudices, qui in academiis nil niſi leges Romanas audierant, eas in praxi applicarent. Erant enim mores Germanorum ſimpliciſſimi, et ſic multi caſus in corpore iuris occurrebant, ante hac Germanis plane inauditi, v. gr. *de lege Falcidia*, *de ſolennibus teſtamenti*, *de codicillis*, quos in notitiam Germanorum deduxerunt, et ad imitandum propoſuerunt. Sed in caſibus in praxi frequenter occurrentibus non adeo provocabatur ad ius Romanum, ſed ſecundum praxin quotidianam pronunciabatur. Denique cum et conſiliarii ſolis principiis iuris Rom. imbuti erant, tandem in quibusdam locis ius Romanum, abrogatis moribus, inter eos receptum eſt, vti exemplum eſt in miniſtris ducis megapolitani (ni fallor) ad leges Romanas peculiariter adſtrictis. Vides ergo, quod ius ciuile Iuſtinianeum non generaliter ſit receptum, ſed duntaxat in quantum deficiat *ſtatutarium*. Nec tamen et hoc caſu indiſtincte receptum eſt, ſed inprimis ratio diuerſa ſtatus et rerum in multis diuerſitatem ſuadet, quod conſtat exemplo *iuramenti calumniae*, quod vi iuris Romani debebat praeſtari ab initio litis, *L.* 2. *pr. C. de iur. propter calumn. dando*, et ſic poſt litis conteſtationem, quia haec erat initium litis. *L. un. C. de lit. cont.* In terris Germaniae longe alius eſt ſtatus forenſis, dum nulla adeſt differentia praetoris iudicisque pedanei, et ſic lis ſtatim a citatione incipit.

§. XIX.

Digitized by Google

An leges Romanae Germanos per ſe obligent.

§. XIX. Quae cum ita ſint ſecundum prudentiam legislatoriam, conuenientius eſt in caſibus ſtatuto non expreſſis aut deciſis connexitatem *cum iure ſtatutario* docere, aut rationem naturalem adducere, addito fundamento politico ex vtilitate vel communi omnibus ciuitatibus vel tantum illi ipſi ciuitati, de qua quaeſtio eſt, deducendo, hoc modo, vt deciſio faciat ad finem reipubl. aut obtinendum aut conſeruandum. Ipſa ordinatio cameralis *part.* I. *tit.* 3. §. I. *et* 2. requirit iudices non adeo legum Romanarum, ſed potius morum Germanicorum et praxeos hodiernae peritos: *Daß ſie auß dem Reich teutſcher Nation gebohren, derſelben Herkommen, löblicher Gebrauch und guter Gewohnheit nicht allein wohl kündig und erfahren, ſondern auch die richtige proces zu dirigiren verſtändig ſeyn ſollen*, et vt paulo poſt dicitur, *Der Practic geübte Perſonen ſeyn.* Dicis ideo incumbendum Pandectis, codici et nouellis, vt cognitionem ſeriemque materiarum iuridicarum quis ſibi acquirat, et deinceps in praxi, in quantum haec a iure communi recedat, animaduertat, et cognoſcat; ſed reſpondetur: idem fere breviori tempore ac ſudore obtineri poteſt, ſi loco vaſtiſſimi corporis iuris inprimis leges naturales excolantur, quo ipſo non tantum cognitio rerum in communi vita occurrentium ac terminorum iuridicorum, ſed etiam fundamenta diiudicandi controuerſias principum omni lege ciuili ſolutorum comparari poſſunt. Si deinceps praxis acceſſerit, ſimul differentia eius a iure omnibus hominibus communi in promtu erit, et conſuetudines a recta recedentes ratione, de quibus *L.* 39. *et L.* 15. *ff. de legibus* loquitur, ſe ſe manifeſtabunt, prudentius itaque allegatur in foris convenientia ſententiae cum principiis iuris ſtatutarii vel cum ratione ſtatus politici aut generali aut particulari, quam leges ex corpore iuris aliaque praeiudicia, quorum iuſtitiae funda-

Digitized by Google

fundamentum ſolummodo in hac duplici conuenientia apud nos quaerendum.

§. XX. De ſententiis DD. hoc tenendum, quod illae, quatenus in reſponſis et deciſionibus continentur, de praxi quidem huius vel illius prouinciae certum afferant documentum, quod vero praxis illa iuſta aut ſana ſit, nunquam earum autoritas ſatis euincere poteſt, ſed vt mores legesque per ſe, ita et ſententiae DD. ſecundum principia iuris examinari debent. Hoc quidem negari nequit, aliqualem eas prae ſe ferre praeſumtionem; ſimul tamen conſtat, ſi iudex aut cauſarum patronus his fulcris ſolummodo ſuſtinere velit iuſtitiam cauſae ſuae, eum nulla iuris ſui certitudine gaudere poſſe, cum pleraeque iuris deciſiones et affirmantes et negantes habeant Doctores. *De ſententiis Doctorum.*

§. XXI. Ex dictis ſatis euincitur, non omnes mores ſeu conſuetudines iuridicas eſſe rationi conformes ac iuſtas, ideoque videndum eſt, quid prudentia circa eas mutandas diſponat. Mutari interdum conuenienti et prudenti interpretatione poſſe a ICtis iudicibusque, res per ſe clara eſt, et praxis contraria Meuiana et Carpzouiana vberrime docet. Ipſe Romanorum ICtus *Celſus L.* 39. *ff. de Legibus* conſuetudinem abſque *ratione* introductam in ſimilibus non obtinere pronunciauit; quo etiam pertinet vulgatum illud, 10. *Iahr Vnrecht macht nicht ein Iahr recht.* In his vero caſibus mutationem morum ſibi inprimis commendatam habuerunt ICti, (1.) *ſi praxis ex lege quadam male intellecta veniat:* ſic *legem* 18. *C. familiae erciſcundae* a falſa interpretatione BACHOVII *V.* 2. *D.* 17. *th.* 5. *G.* quod donatio patris ſimplex filio non emancipato facta non ſit conferenda, recte vindicauit in praxi verſatiſſimus ICtus Dn. STRYK. *de S. A. I. diſp. II. c.* 4. §. 13. *ſeqq.* (2.) *ſi praxis orta ex erroneis principiis phyſicis et moralibus.* Sic principem non obſtante iure naturae poſſe in homici- *De emendandis moribus.*

dio doloſo diſpenſare, contra ſententiam communem in peculiari diſſertatione ſatis erudite oſtendit doctrinarum moralium indefeſſus reſtaurator Dn. THOMASIVS. Quoad alios caſus quodammodo recte ſentit de iure naturali GREGORIVS *IX. cap. XI. X. de conſuetudine*, dicens: *iuri naturali (cuius transgreſſio periculum ſalutis inducit) quacunque conſuetudine aliquatenus poſſe derogari, nemo dicit.* Ex phyſicis dudum refutatus eſt error antiquus, quod cruor occiſi impoſita manu vulneri indicet homicidam. (3.) *ſi praxis originem debet falſis principiis theologicis*, qualem operam nauauit in matrimonialibus tanto patre dignus vir IOH. SAM. STRYK. *diſſert. de reliquiis ſacramenti in cauſis matrimonialibus.* (4.) *ſi principiis politicis et rationi ſtatus contrariatur*, hinc conſultiſſimus Dn. Praeſes, praeceptor meus deuenerandus, ex hactenus non ſatis obſeruata differentia *iudicis pedanei* et *iudicum Germanicorum* multos errores detexit in *introduct. ad Digeſta.* (5.) addendum, *ſi praxis a pragmaticis ex iure ciuili introducta contrariatur principiis iuris Germanici vel ſtatutarii alio in caſu expreſſis.* Quod et GREGORIVS *cit. cap. XI. de conſuetudine* voluit his verbis indicare: *licet longaeuae conſuetudinis non ſit vilis autoritas, non tamen eſt vsque adeo valitura, vt vel iuri poſitiuo debeat praeiudicium generare; niſi fuerit rationabilis, et legitime ſit praeſcripta.* Huc pertinet quaeſtio, an in venditione cum pacto de reſeruato domino facta periculum ſit penes venditorem? iuris ciuilis amatores negant; ſed rectius CARPZ. I. *reſp.* 108. affirmat ob principium iuris Germanici: *Res perit ſuo Domino*, vid. SCHILT. *Ex. XXX.* 157. nec eſt quod dicas, reſeruationem in fauorem venditoris factam minime in eius odium eſſe retorquendam, cuius enim commodum, eius et incommodum eſſe debet.

§. XXII.

Digitized by Google

§. XXII. Breuiter hactenus perluſtrauimus regulas prudentiae tam quoad condenda ſtatuta, et recipiendum ius ſubſidiarium, quam in examinandis ſententiis Doctorum et erroneae conſuetudinis mutatione. Hoc adhuc monendum eſſe puto, me in hoc capite magis iuris peritum quam iuris practicum egiſſe. Licet enim §. 13. ſupra *auth. contra. C. ad SCtum Trebellian.* inter exempla naeuorum hodiernae iurisprudentiae relata ſit, tamen ſi volente Deo, caſus hic rariſſimus in praxi occurrat, habita prius ratione regionis etc. pro quarta inalienabili parte me pronunciaturum eſſe ſpondeo.

CAP. II.

DE PRVDENTIA LEGISLATORIA LVBECENSIVM IN MATERIA DE SVCCESSIONE TESTAMENTARIA.

ARGVMENTVM.

I. Origo Lubecae, II. et iuris Lubecenſis. III. Qui teſtentur iure Lubecenſi? IV. An feminae? V. Differentiae bonorum acquiſitorum et hereditariorum. VI. Quatenus de illis competat teſtandi facultas? VII. Proximi heredes inſtituendi. VIII. De teſtamento nuncupatiuo, IX. et de ſcripto. X. de eius productione. XI. Quae inualida ſint teſtamenta? XII. Prudentia legislatoria in hoc argumento.

Digitized by Google

§. I.

Origo Lubecae. LVBECA, vrbs mari baltico adiacens, a primis temporibus ditionis Slauorum fuit, quam etiam tempore Conradi Saliei iam exſtitiſſe colligitur ex HELMOLDI *Chron. Slau. lib.* I. *cap.* 20. Sed nec munitam fuiſſe, nec vrbis formam tunc temporis habuiſſe, autumo ex *cap.* 57. *cit. aut.* quod veteris huius Lubecae portum et ciuitatem HENRICVS princeps, ſcilicet Godeſcalki filius, quem Helmoldus κατ' ἐξοχὴν ita nominat, exſtruxerit. Hic Henricus vt puto primus Lubike degit. *cit. aut. cap.* 34. Haud procul ab hac ciuitate in loco Bucu appellato inuenit comes Adolphus circa annum 1140. vallum vrbis deſolatae, quam aedificauerat Cruco olim tyrannus, et inſulam wochniza et Trabena cinctam. *ib. cap.* 57. Haec dicitur *noua ciuitas*. Nec abſonum videtur vtramque Lubecam ſimul exſtitiſſe, dum HELMOLDVS expreſſe *cap.* 34. dicit, ſuo tempore priorem ciuitatem appellatam fuiſſe *alt Lübeck*, ex quo concludo, hanc diſtinctam manſiſſe a nouiori Lubeca. Tandem vetus Lubeca HENRICO LEONI ſubiecta incendio deleta eſt, qui petiit comitem ADOLPHVM, vt nouum ſuum Lubike in portu et in inſula conſiſtens ſibi traderet, quo negato exſtruxit Loewenſtat, quae tamen mercaturae non adeo commoda fuit, hinc Henricus impetrato ab Adolpho portu et inſula, ſuis mercatoribus domicilium de Loewenſtat Lubecam transferre permiſit et ſic in unam ciuitatem coaluiſſe videntur. Haec vrbs a Friderico Barbaroſſa imperialis et caput omnium ciuitatum maritimarum facta eſt, conſulesque eius in conſiliarios imperii in perpetuum recepti ſunt, quod ſatis ex KORNERO et *autore Chron. Slau. cap.* 37. deducit MOLLER. *in nota d. ad cap.* 35. *Arnoldi Lubecenſis*. Sequentibus temporibus creuit indies magis magisque eius autoritas, donec ſec. XIV. foederis hanſeatici dux et autrix fuit, nec dubitauit regi

regi

regi ſeptentrionali bellum indicere. Reſciſſo tamen poſtea foedere, fulcrum tantae autoritatis perdidit, libertate vero antiqua ad hunc vsque diem in comitiis gaudet.

§. II. De antiquo legum ſtatu apud Lubecenſes non adeo multa nobis a maioribus relicta ſunt. Hoc tamen colligere inde licet, quod in primordio huius ciuitatis ciues Slaui etiam *ſlauico iure* vſi ſint. Henricus Leo accepto ab Adolpho portu et inſula, ciuibus dedit *iura municipalia* e Saxonico iure deducta, et ſic deſiit vſus iuris ſlauici, vt nobis ſuggerunt verba ex *cap.* 15. *acceſſionum Chron. Holſat.* a Viro ſumme docto LEIBNITIO editarum: *Poſt Vicelini, inquit, obitum Henricus Leo cathedralem eccleſiam de Oldenburg tranſtulit in Lubecenſem ciuitatem, eo quod hanc ciuitatem ab Adolfo comite Holſatiae, qui eam primo conſtruxerat, et caſtrum hodie Borch dictum, pro munitione ciuitatis erexerat, prece et vi retinuerat. Dictae ciuitatis incolis IVS MVNICIPALE A SPECVLO SAXONVM EXTRACTVM, quod etiam adhuc habent, et libertatem nauigantibus dedit copioſe.* In hac editione Leibnitiana punctum poſt verbum *retinuerat* (neſcio, an vitio typographi,) omiſſum videtur, alias enim ſenſus vix erui poteſt. HELMOLDVS in Chronico ſuo *cap.* 85. dicit, Henricum Lubecenſibus dediſſe *iura honeſtiſſima*; certo indicio, quod conſuetudines priores ſlauicae tunc temporis quoad maximam partem ſublatae et extinctae ſint. Fridericus Barbaroſſa poſtmodum quoad ſtatum iuridicum nihil legitur mutaſſe, quin potius memorat ARNOLDVS *Lubecenſis cap.* 35. *Chron. Slau. quod Lubecenſibus confirmauerit iuſtitias, quas in priuilegiis ſcriptis habebant ſecundum iura ſuſatiae, et titulos, quos in paſcuis, ſyluis et fluuiis poſſidebant.* Haec iura Lubecenſia in MStis diu ſeruabantur, donec tandem ob variantes codices conſultum viſum fuerit reuiſum quod-

Origo iuris Lubecenſis.

M 3 dam

Digitized by Google

dam exemplar praelo ſubmittere, quod et praefatio impreſſi Codicis vberrime indicat.

Qui teſtentur iure Lubecenſi.

§. III. Hiſce de origine iuris Lubecenſis breuiter praemiſſis, paucis nunc abſoluamus, quae ad noſtrum ſcopum ſpectant, et quidem primo perluſtrabimus *tit.* I. *lib. II.* vbi diſponitur de *ſucceſſione teſtamentaria*, et ſtatim videbimus, quinam ſecundum ius noſtrum *teſtamentum condere* poſſint. *Articulus* I. *cit. tit.* requirit in teſtatore, 1) vt habeat plenum rationis vſum, *daß er ſey bey voller Vernunfft*, et 2) ita ſit mentis compos, *mächtig ſeiner Sinne*. Dubia videtur locutio: *bey voller Vernunfft*, quoad applicationem, cum non adeo determinari queat, quando declinet vel plane deſinat integritas haec rationis, et quinam *plenario* gaudeant rationis vſu. Non enim omnibus eadem eſt ratio, vt experientia quotidiana docet. Interim quoad praxin ſufficit notaſſe, quod hi, qui non habent liberam rerum ſuarum diſpoſitionem, non habeantur vel *ciuiliter* vel *naturaliter* tanquam plenaria ratione praediti, niſi haec libertas eis adempta ſit in poenam. Porro in dubium vocantur verba: *ſeiner Sinnen mächtig*, ex quibus nonnulli teſtante MEVIO *ad h. art.* §. 38. colligunt, mutis et ſurdis prohibitam eſſe teſtamenti factionem: Quod quidem recte negauit citatus *Meuius*, ſed male §. 59. ex non praeſumenda derogatione iuris Romani hoc colligit, cum diu ante receptionem iuris Romani in Holſatia leges Lubecenſes latae et in viridi obſeruantia fuerunt, adeoque legislatores nullum reſpectum ad ius Iuſtinianeum eiusque derogationem habuiſſe conſtat. Rectius reſpondetur, articulum non diſponere de his, *die ihrer Sinnen beraubt*, h. e. qui ſenſibus externis ſunt priuati, vt mutus, ſurdus, caecus, ſed de his, *die ihrer Sinnen nicht mächtig*, quo pertinent mente capti, qui non habent vſum rationis, ſeu ſenſibus internis

Digitized by Google

internis deſtituuntur, veluti qui dicunt ſe quid videre vel audire, cum vel nihil vel aliter videant audiantque.

§. IV. Haec teſtandi libertas in ſtatutis noſtris ſolummodo maſculis conceſſa, ſemperque excluduntur foeminae, exceptis tantum duobus caſibus. *vid. art. XIV.* Ratio huius excluſionis et haec dari poſſet, quod ob ſexus imbecillitatem non praeſumatur foemina habere multa bona *acquiſita*, de quibus tantum teſtandi facultas permiſſa; accedit, quod iure noſtro foeminae ſint in perpetua curatela, *in immerwehrender Vormundſchafft, art.* 1. *tit. X. part. I.* et MEV. *ad h. art.* §. 18. et ſic quoad effectus *ciuiles* non habeantur ac ſi plenario rationis vſu gaudeant, quatenus ille in iure requiritur ad liberam rerum diſpoſitionem. Vltima moribundi diſpoſitio magni eſt res momenti, et ita validitatem ſuam acciperet non ex voluntate teſtatricis, ſed ex voluntate curatoris, *ihres Vormünders*, de quo vid. *l.* 1. *ff. de teſtam.* Teſtatur tamen foemina *primo*, ſi maritus quaedam bona de ſuis ei legauit cum *poteſtate teſtandi*, nec ſufficit portio ſtatutaria cum hac conditione relicta, quia iure debetur, vt expreſſe prohibet *art.* 14. *verbis: nicht von Erbgütern.* Conceſſa hac a marito poteſtate, valide mulier de his bonis teſtamentum condit, nec neceſſarium habet curatoris ac proximorum conſenſum. Obiicis forſan, hoc poſitioni priori contradicere, vbi dictum, quod mulier ſub curatela viuens teſtamentum facere nequeat. Reſpondetur, dictum eſt, quod nemo, quatenus liberam de rebus diſponendi facultatem non habeat, et ſic ciuiliter *plenario* rationis vſu careat, eatenus teſtari poſſit. Sed in his bonis quoad vltimam diſpoſitionem habet a marito conceſſam et a lege approbatam facultatem, recte itaque ſuo iure vtitur. Idem fere dicendum de teſtamento *mercatricis*; nam mercatrix iure noſtro circa res ad mercaturam ſpectantes (vt nonnulli reſtringunt) valide

Foeminae quatenus teſtantur.

Digitized by Google

de diſponit *art.* 1. *tit. X. lib.* 1. et maſculorum iure gaudet, hinc de bonis per mercaturam *acquiſitis* valide teſtatur vi *cit. art.* 14. Quia vero foemina, licet in rebus ad mercaturam ſpectantibus ſatis inſtructa ſit, in iure tamen et forma teſtandi iuridica non adeo perita eſſe ſolet, *curatoris* conſenſus inſuper in *articulo dicto* requiritur, non ad conualidandam facultatem vltimam, ſed ad caute teſtandum. Si enim ex §. 24. et 25. MEVII *ad h. art.* 14. verum eſt, quod iudex conſenſum inique negatum ſupplere poſſit, reuera curatoris diſſenſus *quoad ipſam diſpoſitionem* inſuper habendus eſſet. Vi curatelae ſuae tantum proſpicit, ne bona incaute perdat, ſed ex hac ratione diſſenſum iuſtificare nequit, cum poſt mortem bona amittat, curator autem magis viuenti conſulit, praeterea quoque in omni teſtamento deberet diſſentire, quia ſemper in eo alienatio adeſt, in hunc itaque finem teſtamenti factioni intereſt curator, vt foeminae aſſiſtat et caueat, ne male teſtetur et ſic teſtamentorum nullitas hincque oriendi proceſſus euitentur. Hac quoque ex cauſſa *conſenſus proximorum heredum* requiritur, quia de eorum praeiudicio et ſperata hereditate agitur. Interim tamen pro lubitu et hi diſſentire nequeunt, ſed iudex eorum diſſenſum ſupplet, ſi nulla adeſt contradicendi ratio, MEVIUS §. 25. *ad h. art.* vel inſufficiens, v. gr. ſi allegare vellent ſibi bona auferri, hoc enim ſemper fit et nemo heredum lubens hoc permittet. Duos admodum caſus obſeruo, in quibus ius contradicendi habent, primo, ſi ipſi heredes *hereditate indigeant*, et ſecundo, ſi *indignis* legetur. Dato tamen ſemel conſenſu, nec has duas exceptiones poſt mortem contra teſtamentum opponi poſſe arbitror, quod iterum facit ad impediendos proceſſus teſtamentarios. Patet quoque ex dictis, eorum conſenſum requiri, de quorum praeiudicio agitur, hoc eſt, qui ſpem futurae ſucceſſionis habent, licet contrarium aſſerat MEVIUS §. 16. *ad h. art.*

§. V.

Digitized by Google

Differentia bonorum acquiſitorum et hereditariorum.

§ V. Iure antiquiſſimo Romanorum libera fuit legandi poteſtas, quid et cui teſtator aliquid relinquere velit: vt ex fragmentis XII. tabb. explicata ſunt verba *in inſt. pr. de lege falcidia. vti quisquam legaſſit ſuae rei ita ius eſto.* Idem aſſerit *Mucius L.* 120. *de V. S.* dicens: interpretatione hanc licentiam coanguſtatam eſſe. Quia autem oligarchiis et democratiis ſaepe interitum nimia teſtandi libertas attraxit, ut recte docet *Ariſtoteles* 2. *pol* 7. *et* 9. etiam Romani conſultum duxerunt legata et extranei heredis inſtitutionem ita reſtringere, vt falcidia et legitima heredi ac liberis ſalua relinqueretur. Ius noſtrum ex alio plane fundamento heredibus proſpicit, differentiam ſtatuens inter bona *hereditaria* et *acquiſita*; *haec* dicuntur ſecundum *art. VI. tit. X. lib.* I. quae non ſunt per viam *ordinariae ſucceſſionis, durch ordentlichen Erbgang*, ſed aliunde acquiſita. *Hereditaria* vero appellantur varia bona, quae a maioribus et ſanguine iunctis in aſcendenti vel transuerſali linea nobis deferuntur; vbi ſtatim ſeſe offert quaeſtio vexatiſſima et multis dubiis obnoxia, an hereditas in *pecunia numerata* conſiſtens ſub voce *Erbgüthern* in ſtatutis Lubecenſibus contineatur. Rem dubiam facit *cit. art. VI.* vbi de hereditariis praedicatur, quod non niſi urgente neceſſitate alienari et vendi poſſint, haec enim praedicata non conueniunt pecuniae numeratae, nec ſtatim conſtat, an quis donet ſeu teſtetur de pecunia hereditaria an vero acquiſita. Ceterum conſtat ex *art. III. tit. X. lib. I.* quod de *immobilibus* acquiſitis ita diſponere liceat, vti de *mobilibus* reliquis, *mit ſeiner fahrenden Habe*, ex quo colligitur, de omnibus mobilibus, etiam *hereditariis* liberam eſſe diſpoſitionem, in quam ſententiam etiam inclinat MEV. §. 69. *ſeq. ad art. VI. tit. X. lib.* I. Pecunia enim numerata ſine omni dubio *mobilibus* accenſenda venit. Sed his omiſſis potius videbimus, an bona per legatum accepta bonis hereditariis ſint annumeranda,

 quod

quod negandum videtur, dum haec dicantur *hereditaria*, quae *iure hereditario, dem Erbgange nach*, non quae ex titulo ſingulari deuoluuntur, qualem ſignificationem habet vox *anfallen art. VI. tit. X. lib. I.* Ex his omnino ſequitur, quod bona eo ipſo, quo ſemel in aliquem iure hereditario deuoluta ſunt, fiant *hereditaria*, vt contra errantes recte docet MEV. §. 20. 21. *ad cit. art. VI.*

Quatenus de acquiſitis teſtetur. §. VI. Hac differentia bonorum ſtabilita, effectus eius in poteſtate teſtandi conſiderandus erit. De *acquiſitis* teſtamentum condere, *art. II. tit. I. lib. II.* aliis, quam heredibus, ea relinquere licet, modo proximis heredibus relinquantur *octo ſolidi et quatuor nummi*, ſeu quatuor groſſi et duo nummi monetae ſaxonicae, *art. II. tit IX. lib. I.* quod in iure noſtro ad inſtar legitimae et falcidiae eſt. Vtrum vero citatus *art. II.* qui de donatione agit, de teſtamentis quoque valeat, dubium vel inde eſſe poteſt, quod verba *vergeben vor rathmann oder im Teſtament*, ad immobilia ſiue *ſtehende Erbe und liegende Gründe* reſtringi videantur. Sed legata nihil aliud ſunt, quam donationes teſtamento factae, inſuperque in hoc articulo intelligitur donatio omnium bonorum acquiſitorum, non certae eorum portionis, de qua haec legitima non datur. Sed nemo in vita ſua facile dominium et poſſeſſionem omnium bonorum in alium transferet, ſed tantum poſt mortem, quo caſu donatio fit vel coram ſenatu, et eſt donatio mortis cauſſa, vel in teſtamento per modum legati. Denique ipſe *art. II. tit. IX.* expreſſis verbis vocem donare *vergeben* ad legata extendit: *Die mag er vergeben vor rathmann oder im Teſtament.* Recte itaque ex hoc articulo concluditur, quod non niſi in donatione uniuerſali heredibus dandi ſint octo ſolidi cum quatuor nummis, et ſic quilibet vsque ad hanc ſummam de acquiſitis valide donet et leget, eſtque haec quantitas vera iuris noſtri legitima acquiſitorum nominanda.

Digitized by Google

minanda. De *hereditariis* an teſtamenti factio prohibita ſit titulo *de ſucceſſ. teſtam.* nihil certi diſponitur, niſi quod ex *art. II.* conſtet, teſtamentum nuncupatiuum valere de *acquiſitis*, et ſic excludantur *hereditaria*. Idem quoque dicendum eſſe de ſcriptis, ex *tit. de donation. et alienat.* colligitur, cum, vt ſupra dictum, vi *art. II. tit. IX. lib. I.* donatio etiam *teſtamento* fiat, ſi ſcilicet legetur aliis, quam legitimis heredibus. Qualem itaque poteſtatem proximi habent in prohibenda alienatione hereditariorum, talem etiam in teſtando. His enim ius aliquod competit in illa bona non ex perſona poſſeſſoris, ſed eius *anteceſſore*. Et ſic nec donari *art. V. tit. IX. lib. I.* nec legari extraneis poſſunt hereditaria abſque heredum conſenſu.

§. VII. Inueſtigatio formae teſtandi ſecundum ius noſtrum res non parui momenti aeſtimanda. Vti iure Romano in omni teſtamento neceſſaria erat *heredis inſtitutio*, ita et noſtro, hac tamen differentia, vt, cum iure Romanorum etiam extraneus inſtitui poterat, noſtris tamen legibus Lubecenſibus ſemper *proximus* neceſſario ſit inſtituendus. Expreſſe enim forma inſtituendi ita praeſcribirur *art. XII. tit.* I. *lib. II. und gibt ſeinen nächſten Erben, ſie ſeind einer, zwey oder mehr, die ſich mit recht die nächſten, Zeugen laſſen werden* etc. In hereditariis ordinarie in totum inſtituendi heredes, in acquiſitis non infra octo ſolidos et quatuor nummos, vt ſupra oſtenſum. Hinc difficile defendi poteſt ſententia MEVII §. 4. *ad h. art.* quaſi non neceſſario propinqui ſint inſtituendi, ſed articulus tantum hoc vrgeat, quod certi quid conſanguineis relinquendum ſit. Nec video, quomodo hic inſtitutio proximi heredis improprie accipi poſſit de legato ſeu donatione certae rei. Verba ipſa aliud euincunt, primo requirunt ad teſtamenti valorem *heredis inſtitutionem* ita vt iure Romano §. *ante. inſt. de legat.* tum addita eſt formula in-

De forma teſtandi.

Quis heres inſtituendus.

Digitized by Google

ſtituendi, cui diſerte *proximi* inſerti ſunt, et quidem absque certa perſonae nominatione, quo ipſo tota ſubſtitutionis materia quoad heredem in foro Lubecenſi otioſa videtur. Nec ſane intereſt teſtatoris, an proximum in legitima ſtatutaria inſtituat, an vero debita bona ei leget, nam ſi hereditaria omnia recipit et de acquiſitis octo ſolidos et quatuor nummos lucratur, nihil amplius petere poteſt. Sed limitant, modo heres ſaluam habeat quartam aut neceſſarii non ſint laeſi in legitima, quae eſt iuris Romani et quae nec ſtatuto abrogata praeſumenda. Ad quod reſpondetur, diu ante introductionem iuris Romani ſecundum noſtra ſtatuta teſtamenta fecerunt Lubecenſes, adeoque quarta falcidia et legitima Romana eis plane incognita fuit, multo minus de abrogatione vel retentione eius cogitarunt, potius inde inferendum, quod non praeſumenda ſit receptio quartae falcidiae et legitimae Romanae contra diſpoſitionem iuris Lubecenſis.

De teſtamento nuncupatiuo.

§. VIII. *Nuncupatiua* teſtamenta Lubecenſibus in vſu fuiſſe, ex *art. II. tit.* 1. *part. II.* patet. Non adeo multis circumſcribuntur ſolennibus, ſola praeſentia *duorum ſenatorum* conualidat ita hanc vltimam voluntatem, ac ſi in ſcriptis eſſet redacta. Hi, orta deſuper lite, aut ambo aut vnus, ſi alter defunctus ſit, iurato deponunt, quorum depoſitioni quoque fides habetur. In caſu neceſſitatis, *duo ciues* horum ſenatorum loco adhiberi poſſunt, modo teſtamenti quantitas non excedat ſummam decem marcarum argenti.

De ſcripto.

§. IX. De ſcriptis teſtamentis diſputari poſſet, quibus ſolennibus iure noſtro debeant perfici? vbi praemitto, quod eo tempore, quo hoc ius editum eſt, ciues ſoliti fuerint teſtamentum aut ipſi conſcribere aut aliis conſcribendum tradere, quo facto teſtamentum *ſenatoribus* obtulerunt, qui illud receperunt more ſolito. Numerus ſenato-

Digitized by Google

ſenatorum quidem non eſt expreſſus, interim tamen non dubium, quin *duo* vt in nuncupatiuo ſuffecerint, cum hi tantum teſtentur de veritate, non vero ſolennitatis cauſſa adhibeantur, quippe quae ſolennitates iuris Romani originem debent ſtatui Romanorum antiquo, vbi teſtamenta in comitiis fiebant, ſed deinceps extra comitia coram ſeptem teſtibus, populum repraeſentantibus, condi coeperunt, quae tamen veteribus Lubecenſibus plane incognita fuere. Dicis: haec diſpoſitio iuris Lubecenſis impedit vltimarum voluntatum conſummationem, cum non ſemper ſenatores in vltimo mortis articulo in promtu ſint. Aſt regero: nec ſeptem teſtes et notarius ſtatim ad manus ſunt, cum aeger ipſe ſcribere amplius nequeat, et olim apud Romanos non quotidie comitia habebantur. Obiicis vlterius: Haec ergo eſt cauſſa, quod ſeptem teſtes populum repraeſentantes abhiberi coeperint, quo vltimae voluntates eo certius conderentur. Sed reſpondeo, imprudenter hoc poſtea a Romanis conſtitutum, nam nullae frequentiores poſtmodum fuere in praxi cauſae quam teſtamentariae, et ſic anſa grauioribus litibus data fuit. Cur enim homines non citius, valetudine adhuc integra, diſponunt, cur ordinationem vltimarum voluntatum differunt in extremum vitae halitum? Sibi poſtmodum imputent, ſi in hoc vltimo neceſſitatis articulo copiam ſenatorum habere nequeant. Multorum vltimae diſpoſitiones vel praematura morte pereunt, vel ex defectu aliorum requiſitorum annullantur, vt proinde nihil iniqui hic ſubſit, ſi huiusmodi vltima voluntas inefficax maneat, quod propria culpa ob nimis ſeram diſpoſitionem teſtator ſenatorum copiam habere nequeat. Ceterum ſi praeterea quaeris textum, probantem, quod ſcripta teſtamenta olim a Lubecenſibus ſenatoribus tradita ſint, euolui poteſt *art. IV. tit. I. lib. II.* vbi haec verba: *iſt ein Mann kranck, ordnet ſein Teſtament*

Digitized by Google

ment und übergibt daſſelbe den Rathmannen, welche es auch wie gebräuchlich empfangen, etc. vbi traditio ſolennis in curia facta non intelligitur, aeger enim in agone mortis conſtitutus, *ein Teſtament machender Krancker*, curiam intrare nequit, hinc ſi ipſe ſenatoribus teſtamentum tradidit, vt in textu dicitur, neceſſario hi ad domum aegrotantis accedere debuerunt.

De productione et confirmatione teſtamenti.

§. X. Teſtamentum hoc modo confectum intra menſem per deputatos receptatores iudicialiter produci et legi debet, niſi impediatur ipſe ſenatus, quo caſu conſuli regenti indicandum, vt die iuridica proxima productio fiat, *art. XI. tit. I. lib. II.* In textu germanico hi deputati vocantur *die verordnete Teſtamentarien*, vbi dubium occurrit, quinam ſub hac voce contineantur. MEVIVS §. 6. *ad art. XV. cit. tit.* putat executores teſtamenti eſſe intelligendos, interim tamen *art. XI. cit.* vocem: *teſtamentarien*, latine vertit *teſtamenti receptatores*. Et ſane iuri noſtro conſentaneum videtur, quod illi duo teſtes ex ſenatu vel ciuibus, de quibus *art. II.* loquitur et §. *praecedenti* actum eſt, teſtamentum receperint, quo faciunt verba *art. IV. gibt das Teſtament den Rathmannen, welche es auch wie gebräuchlich empfangen.* Hi *receptatores* videntur ſimul *officium executionis* habuiſſe, dum *art. XIII.* diſponitur de *teſtamentariis*, quod debeant etiam ex inualido teſtamento legata ad pias cauſſas ſoluere, ex quo concludendum, quod omnia teſtamenta *executores* habuerint, qui tamen non ſemper ab ipſo teſtatore in teſtamentis nominati ſunt. Dicis: ſi hoc procederet, inutilis eſſet diſpoſitio *art. XV.* dum nullus teſtis in teſtamento eſſe poſſit vi *art. II.* niſi ſenator vel ciuis. Reſpondeo, hoc ſaepe contingit, quod in vna lege quaedam diſpoſitio obiter attingatur, quae poſtea ſpeciali lege iterum exprimitur, tum quoque teſtatori liberum remanſit, alium teſtamenti

Digitized by Google

ſtamenti executorem inſuper dare. Facta a teſtamentariis productione, confirmabatur a ſenatu teſtamentum, ſi rite et legitime factum, non vero ſi debitis requiſitis deſtitutum eſſet, quod ex *art. XIII. tit. I. lib. I.* ſatis patet. In hac confirmatione itaque ex officio ſenatus inquirebat in teſtamenti requiſita, quo ipſo innumeris litibus alias inde ortis obuiam itum fuit, qua prudentia tamen praxis hodierna caret, introducta ſcilicet conſuetudine, quod notarii inſtrumentum vel ſola eius ſubſcriptio huius ſolennis productionis loco ſit, de qua praxi teſtatur MEVIVS §. 19. *ad art.* Olim haec teſtamenti factio per notarios plane incognita fuiſſe videtur, dum nihil de ea in iure noſtro diſponatur.

§. XI. Breuiter adhuc de *teſtamentis inualidis* ſolliciti erimus, et quidem concidunt in totum teſtamenta, ſi improles ea fecit, et poſtea liberos ſuſcepit, *art. V.* Porro infirmantur, ſi debita iuris noſtri requiſita deficiant, *art. XIII.* vt tamen legata ad pias cauſſas ſubſiſtant, *cit. art. XIII.* Reciproca teſtamenta inter coniuges iure noſtro plane improbata ſunt *art. X.* licet iure communi, vt vertit MEVIVS, *den beſchriebenen Rechten nach,* valeant. Per *ius commune, den geſchriebenen Rechten*, non intelligitur ius Romanum, in eo enim non adeo fundata ſunt haec teſtamenta coniugum reciproca, ſed originem debent conſuetudini Germanorum antiquae, quod docte pariter ac fuſe deduxit IOH. SAM. STRYK. *in diſſ. de teſtamentis coniug. reciprocis.* Ratio abrogationis Lubecenſis in promptu eſt, nam, vt ſupra oſtenſum, nulla foemina iure noſtro teſtatur, niſi in bonis, hac cum poteſtate a priori marito relictis, aut mercatrix ſit, ergo nec reciproce, niſi quatenus defunctus maritus ei hoc in bonis legatis permiſit, quae exceptio admittitur *art. X.* Altera exceptio de *mercatrice* ad teſtamenta reciproca applicari nequit, cum vxor viuente marito rariſſime mercaturam *ſuo nomine* gerit,

De teſtamentis inualidis.

rit, ſed fere ſemper *nomine mariti*. Sic minus recte praxis contraria §. 60. *ad h. art.* a MEVIO adducta nonnullibi admittitur, quia haec plane abhorret a reliquis principiis iuris noſtri. Addam hic paucis *art. vlt. tit. I. lib. I.* quod teſtamenta alibi, vrgente neceſſitate, ſecundum iſtius regionis ſolennia facta nihilo ſecius Lubecae valeant; cuius rationem communiter deſumere ſolent *ex l. 6. ff. de euict.*

Applicantur regulae prudentiae ad noſtrum ius.

§. XII. Quae ſuperſunt diſpoſitiones circa particulares caſus *art. III. IV. VI.* temporis penuria excluſus praeterire cogor. Sufficit, ex hactenus dictis ſatis conſtare *prudentiam legislatoriam Lubecenſium in ſucceſſione teſtamentaria*, et licet haec ſtatuta *perfectisſima* dici nequeant, tamen comparatiue loquendo proxime illa cum prudentia legislatoria conuenire, diſſitendum non eſt. Quod ad primam enim *cap. I.* §. 9. datam regulam prudentiae attinet, non dubito, quin caſus frequentiores ex ſtatuto noſtro decidi queant, ad minimum ſumma breuitate, vt vult regula ſecunda, §. 10. *cap.* 1. docet: quis teſtetur, de quibus bonis teſtamenti factio conceſſa, quomodo nuncupatiue et in ſcriptis valide teſtandum, quando teſtamenta ſint confirmanda, et quaenam ſint inualida, imo quid iuris in teſtamentis alibi locorum ſecundum illius regionis ſolennia factis. Sunt quoque ſtatuta noſtra germanice conſcripta, adeoque ad tertiam prudentiae regulam §. 13. *cap.* 1. accommodata, nec reperies multos iuris terminos ex iure Iuſtinianeo deſumtos, niſi quod *art. XII.* vox *inſtitutio heredis* occurrat, qui terminus tamen ex praeſcripta teſtandi formula ſubſequenti clare intelligitur. In *art.* 10. irrepſit quoque vox *reciproce*, quae non omnibus ciuibus ſatis nota, ſed tamen contenta huius articuli per ſe fluunt ex *art. XIV.* ergo vox praedicta (vti totus articulus) per ſe ſuperflua eſt. Inſuper notandum, quod, cum

Digitized by Google

cum teſtamenta reciproca apud Lubecenſes in vſu haud fuerint, quaeſtio de illis rariſſime orta ſit, et ciues vt plurimum teſtentur ſecundum conſuetudinem in republica frequentem, vti exempli loco teſtatio per inſtrumentum notarii eſſe poteſt. Et quarta prudentiae regula §. 14. *cap.* 1. in ſtatutis noſtris obſeruata eſt, ſicut hactenus connexionem breuiter perluſtrauimus, et §. *anteced.* quoque in teſtamento reciproco monſtrauimus. Optandum foret, vt praxis hodierna huic regulae et legibus ipſis reſponderet. Licet enim ante introductionem iuris Romani in Germaniam omnes cauſſae ciuium abſque hoc iure ſubſidiario breuiter et feliciſſime dirimerentur, et ſic quoque praxis ſecundum leges ſtatutarias cohaereret; tamen hodie per inconſultam iuris Romani applicationem, ipſum ius ſtatutarium maxime laceratum inuenies, cuius rei exempla quaedam ſupra adducta ſunt, v. gr. *de lege falcidia*, *legitima*, etc. Quod vtinam omnes DD. et ICti errores practicos iuri noſtro et rationi contrarios emendare laborarent.

§. XIV. Animus quidem erat, tertium huic diſſertationi addendi caput *de erroribus practicis contra prudentiam legislatoriam Lubecenſium introductis*. Vbi pluribus docendum fuiſſet incongrue falcidiam et legitimam iuris Romani in praxin noſtram deductam fuiſſe, deinceps examinanda regula: *legitima* ſc. iuris Romani *ſtatuto tolli nequit*, et inquirendum, an legitima ſit iuris naturae. Porro explicandum eſſet, quod teſtamenta nuncupatiua in ſcripturam redacta iure Lubecenſi non maneant nuncupatiua, quod male teſtamenta reciproca nonnullibi ſint recepta, quod filius non habeat querelam inofficioſi teſtamenti, ſi a patre, bonis hereditariis deſtituto tantum in octo ſolidos et quatuor nummos ſit inſtitutus, quod ſi conſenſus propinquorum ad teſtamentum requiratur, non ſufficiat con- *Concluſio.*

ſenſus remotiorum, ſed proxime ſuccedentium, et ſic foeminae proximae recte conſentire poſſint, quod ius Lubecenſe omnino exigat teſtamenti confirmationem, quod teſtamenta priuilegiata et clauſula codicillaris antiquitus Lubecenſibus plane fuerint incognita, adeoque quoad hanc materiam leges in praxi valeant exoticae, ciuibus communiter abſconditae, haec et quae alia huc pertinere poſſent, capiti tertio erant deſtinata, ſed inopinatum iter ſiſtit curſum meditationum. Interim Deo volente alio forſan tempore et quidem maiori cum cura reliqua ſupplebuntur.

Clariſſimo diſputationis autori,

ZACHARIAE ERNESTO GRÖHT,

Holſato Ploenenſi,

S. P. D.

PRAESES.

Obtuliſti mihi hanc tuam diſputationem, a te elaboratam et tam varia eruditione repletam, vt praeſidium meum Tibi, amice ſuauiſſime, denegare non potuerim. Vtut enim in quibusdam capitibus a te diſſentiam, tamen partim hic diſſenſus leuis eſt, partim pro libertate Academica, quam et ego mihi in ſentiendo vindico, facile paſſus ſum, vt has tuas ſententias publice proponeres, et eo ipſo documentum eruditionis tuae ederes. Sane ab hoc ipſo tempore, quo in meo conuictu fuiſti, talem te geſſiſti, eamque morum grauitatem exhibuiſti, vt ſummam de egregiis tuis laboribus conceperim laetitiam, quorum meſſem nunc quidem publice ſiſtis. Non permittit modeſtia Tua, vt vlterius in laudes, tuae eruditioni debitas, excurram, quae tamen ita comparatae ſunt, vt ſilentio illas praeterire non poſſim. Gratulor itaque Tibi de tantis tuis profectibus, ſimulque vota concipio, velit ter ſummum Numen Te vlterius ſua ſuſtentare benedictione, vt patriam et familiam Tuam virtutibus tuis egregiis ornare queas. Dab. d. XXI. April. Anno. MDCCVIII.

EXER-

EXERCITATIO LXXVIII.

AD LIBR. XXIX. PAND. TIT. VII.

DE CODICILLIS ABSQVE TESTIBVS VALIDIS.

CAP. I.

DE CODICILLIS AD TESTAMENTVM FACTIS SINE TESTIBVS VALIDIS.

ARGVMENTVM.

I. Impedimenta cultioris iuriſprudentiae. II. Inſtituti ratio. III. Codicillorum ſignificatus grammaticus, IV. et iuridicus. V. Ratione originis formam habuerunt epiſtolae, ad heredem ſcriptae. VI. Epiſtolae dicuntur. VII. Petr. Mulleri ſententia de diſcrimine Codicilli et epiſtolae fideicommiſſariae. VIII. Card. Manticae ſententia de eodem argumento. IX. Codicilli olim ad heredem ſcripti, X. vt plurimum ſub forma epiſtolae. XI. Cur hereditas fideicommiſſaria codicillis relinqui potuerit? XII. Diſcrimen ab aliis literis teſtatoris ad heredem. XIII. Ad legatarios aeque ſcribi coeperunt. XIV. De Codicillis teſtamento confirmatis. XV-XVII. Vtilitas huius confirmationis. XVIII. Dubium exponitur. XIX-XXIII. In Codicillis ſolennitas teſtium olim non deſiderata: XXIV. introducta primum ſub Conſtantino in Codicillis ab inteſtato, XXV. non vero ſub Diocletiano. Explicatur L. 22. C. de fideic. XXVI. nec ſub Theodoſio. XXVII. Sententia iuris Iuſtinianei. XXVIII.

XXIX. Vtrum ex eo teſtes requirantur in Codicillis teſtamento confirmatis? varia interpretum ſententia. XXX-XXXII. Negans ſententia ex rationibus iuris et ex vſu fori defenditur. XXXIII. etiam in Codicillis teſtamento nuncupatiuo confirmatis. XXXIV. Vtrum poſterius teſtamentum imperfectum virtute clauſulae codicillaris, priori adſcriptae, ſuſtineatur? XXXV. An in Codicillis coeci teſtes requirantur?

§. 1.

Cauſae difficultatum iuris Romani. Ius noſtrum, in quo quotidie verſamur, quod manibus terimus, variis difficultatibus ſubiectum eſſe, nemo dubitabit, ſiue illud quoad theoriam examinemus, ſiue prout in ipſis rerum obtinet argumentis, intueamur. Equidem rationes horum ſcopulorum non vnae ab eruditis allegari ſolent, quas quidem enumerare & excutere haud mihi integrum eſſe video; interim tamen duo potiſſimum impedimenta tantum allegabo, quae difficultatem hanc maxime augent promouentque. *Primum impedimentum.* Primo expeditum eſt, *ius Romanum peregrino idiomate eſſe* ſcriptum, latino ſcilicet, cuius vſus quidem in Academiis ſatis decantatus eſt, ſed vt plurimum ſuperficiarie tantum in ſcholis ICtorum eius ratio haberi ſolet, quo ipſo factum, vt vim et veram verborum et terminorum indolem virtutemque ICti ſæpe amiſerint, et in ipſius rei conceptum non recte penetrare potuerint. Reſtaurata quidem hodie quodammodo eſt genuina Iuris Romani facies, poſtquam ICti nonnulli elegantiora ſtudia ad ius Romanum conferre inceperunt, ſed rariores ſunt, qui illos ſequuntur, quoniam plerique perſuaſum habent, *elegantiora ſtudia* parum vtilitatis futuro practico afferre, cum tamen abſque his non ſolida in iure eruditio, ſed vix ſuperficiaria haberi poſſit. *Alterum im-* Alterum impedi-

Digitized by Google

pedimentum eſt *ignorantia antiquitatum Romanarum* et proceſſus Romani ſtatusque ciuilis, quae tamen rationes iuris ſaepiſſime ſuppeditant. Conſtat enim ius noſtrum vel ex principiis *naturalibus* vel *ciuilibus;* illius rationes petendae ſunt ex iure Naturae, id quod ICti in deciſionibus eiusmodi ſecuti ſunt; huius vero ex ciuilibus cauſis, quae connexionem habent cum ſtatu publico et ciuili. Vbi olim antiquitates Romanae a Doctoribus negligebantur; incertis opinionum procellis ferebantur: poſtquam vero hodie e tenebris in lucem protractae ſunt, priſtino ſuo nitori iuris Romani prudentia reſtitui coepit. *pedimentum ſtudii iuridici.*

§. II. Quodſi exempla materiarum, in quibus haec duo impedimenta difficultates pariunt, deſiderantur, infinita quidem in promtu eſſent, ſi illa colligere animus eſſet. Pro ratione inſtituti mei, nunc quidem ad Codicillorum materiam prouoco, quae quidem ſatis plana eſſe videtur, ſi communem Dd. opinionem intuemur. Aſt, ſi quae communiter doceri ſolent, paulo accuratius ſecundum Romanae linguae indolem examinamus, ſtatim apparebit, vel ipſum conceptum codicillorum plurimis adhuc incognitum eſſe. Et tamen ex eorum *natura* omnes iurium diſpoſitiones fluunt, veluti, quod in iis hereditas non detur, et tamen fideicommiſſum vniuerſale conſtitui poſſit, cuius rei diuerſitas ex ipſo *conceptu codicillorum* fluit. Sunt vero plures adhuc difficultates, quae ſuperari non aliter poſſunt, quam ſi conceptum eorum recte inueſtigauerimus, veluti an a Codicillis differat epiſtola fideicommiſſaria? an ſemper teſtes requirant, an dentur codicilli nuncupatiui, et quae ſunt huius generis aliae quaeſtiones. In praeſenti itaque diſſertatione illud potiſſimum enucleare curabo, an in codicillis ſemper teſtes ſint neceſſarii, cuius quidem deciſio plana eſſe videtur ex *l. vlt. in f. C. de Codicill.* et communi Dd. aſſenſu, ſed tamen non deerunt rationes, quibus oſten- *Conceptus codicillorum non ita planus eſt.* *Progreſſus ad thema praeſens.*

oſtendi poteſt, illud haud vniuerſale eſſe, praeſertim ſi Codicillos ex teſtamento dependentes, de quibus hoc capite agendum, ſupponamus, vtut et in Codicillis ab inteſtato nonnunquam id vſu veniat, quos caſus ad caput ſequens reſeruabo.

Codicilli denotant vi vocis epiſtolam ſcriptam.

§. III. Vtut vero alias otioſas vocum aucupationes et explanationes negligendas cenſeam, tamen vbi natura rei ex vero et genuino vocis intellectu deduci poteſt, illa non eſt omittenda. Vox *Codicillorum* quidem ambiguam habet ſignificationem, vid. *Coll. I. Arg. ad tit. de codicill. n.* 3. Sed varii hi ſignificatus non adeo inter ſe diſcrepant, ſaltim in eo conueniunt, quod denotent ſcripturam quandam ad alterum emiſſam. Et ſic primario denotat epiſtolam vel literas ad aliquem ſcriptas, vti in hoc ſignificatu fere potiſſimum apud probatos autores occurrere ſolet. Sic CICERO *lib.* 4. *epiſt.* 12. ita ſcribit: *Cum non longe a Piraeeo abeſſem, puer Acidini obuiam mihi venit cum codicillis, quibus erat ſcriptum. Et lib.* 6. *epiſt.* 18. *Simul vt accepi a Seleuco tuas litteras, ſtatim quaeſiui a Balbo per codicillos, quid eſſent in lege.* Porro *in lib.* 12. *ad Attic. epiſt.* 8. idem ſignificatus occurrit, *quae deſideras*, ſcribit, *omnia ſcripſi in codicillis*, et in *f.* ita: *De Balbo et in Codicillis ſcripſeram.* Sic etiam apud TACITVM *lib.* 1. *Annal.* dicitur: *Is ad Tribunum miſerat codicillos*, h. e. literas, et *lib.* 4. *Annal.* ibi: *Compoſuit ad Caeſarem codicillos.* Adhuc explicatius hac voce in hoc ſignificatu vtitur CICERO *lib.* 2. *ad Q. fratr. epiſt.* 10. aiens: *Epiſtolam hanc conuitio efflagitarunt codicilli tui.* Sic itaque quidem in genere epiſtolam denotarunt Codicilli, aliquando tamen ſtrictius pro certo genere epiſtolarum Codicilli ſumti ſunt, ſcil. pro epiſtola ad praeſentem ſcripta, quod probat SENECA his verbis *epiſt.* 55. *in f. Video te, mi Lucili, cum maxime audio, adeo tecum ſum, vt dubitem, an incipiam*

non

Digitized by Google

non epiſtolas, ſed codicillos tibi ſcribere. Quin et quandoque latiori in ſenſu epiſtolas publicas ſeu reſcripta denotarunt, cum etiam haec ſaepe *epiſtolae* vocentur §. 2. *l. de his, qui ſui vel al. iur. ſunt.* §. 4. *in f. l. de fideiuſſ.* et hoc quoque intuitu *Codicilli* nonnunquam in iure dicuntur §. 4. *I. quib. mod. ius patr. pot. toll. l.* 41. *de excuſ. l.* 1. *C. vt omn. iudic.* conf. BRISSON. BARNAB. ſub voce *Codicilli.*

Amplificantur hactenus dicta, ad Codicillos, quatenus ſunt vltimae voluntatis ſpecies.

§. IV. Cum itaque hae tres ſignificationes in eo conſpirent, quod Codicilli vſu communi loquendi apud Romanos denotauerint *epiſtolas*, ſiue ad abſentes, ſiue ad praeſentes ſcriberentur, ſiue denique ex Imperatorum indulgentia ad preces ſubditorum emanarent, ſatis probabile eſt, Codicillos, qui *tempore* AVGVSTI tanquam vltimae voluntatis ſpecies approbati ſunt, quoad *primam ſuam originem* nihil aliud fuiſſe, quam *epiſtolam ſcriptam ad heredem de eo, quod poſt mortem ſuam ſcribens ab herede fieri vellet*, in quo conceptu cum plurima ſita ſint, hoc ipſum nunc ex iure probandum erit.

Codicilli nihil aliud erant quam epiſtolae, quod probatur (I) ex origine.

§. V. Hoc ipſum vero ſatis conſpicuum redditur (I.) ex *origine* codicillorum, quam Imperator in *pr. I. de codicill.* ſatis diſtincte tradit. Scilicet Lucius Lentulus Romae fecerat teſtamentum, et Auguſtum filiamque ſuam inſtituerat heredes, eodemque teſtamento cauerat, vt, ſi quos poſtea codicillos ſcriberet, ii ex eo teſtamento valerent. Cum poſtmodum in Africa morti vicinus eſſet, ſcripſit codicillos ad heredes, petiitque ab Auguſto herede ſuo, vt aliquid faceret ſeu praeſtaret poſt mortem ſuam. Hic ſane non alia diſpoſitio per Codicillos intelligi poteſt, quam epiſtola quaedam, cum eo tempore codicilli nihil aliud denotarent, vt §. 3. euictum eſt. Non enim vlla ratione oſtendi poteſt, per codicillos aliud quid eo tempore intellectum fuiſſe, et ſic ſecundum vſum communem loquendi

Digitized by Google

quendi *illius temporis* diſpoſitio Lentuli aeſtimanda eſt. Iam quidem hactenus inauditum erat, per epiſtolam vel codicillos heredi aliquid iniungere, quod ei neceſſitatem imponeret voluntatem defuncti implendi. Sed nihilominus Auguſtus heres voluntatem eius implebat, et filia Lentuli legata praeſtabat ex epiſtola patris, quae iure ordinario non debebat. Vti vero exempla principum facile ſubditos ad imitationem rapere ſolent, ita quoque deinceps alii Auguſti autoritatem ſecuti fideicommiſſa ex eiusmodi epiſtolis ad heredem ſcriptis praeſtabant. Quo ipſo factum, vt Auguſtus ſuaſu ICtorum et imprimis *Trebatii*, magnae tunc temporis autoritatis ICti, codicillorum vſum lege probaret, et in vtilitatem ciuium introduceret, cum non ſemper ciuibus integrum eſſet, teſtamenta concinnare, maxime ſi peregrinationes facerent. Poſt quod tempus cum et *Labeo* codicillos feciſſet, iam nemini dubium erat, quin Codicilli optimo iure admitterentur. Erat enim Labeonis maxima autoritas, adeo vt TACITVS *lib.* 3. *annal.* illum et Atteium Capitonem *duo pacis decora* nominet, ſed in eo Labeonem Capitoni praeponat, quod *eſſet incorrupta libertate, et ob id fama celebratior, cum e contra Capitonis obſequium dominantibus magis probaretur*, atque hinc Labeonis autoritas apud populum, libertatis amantem plus ponderis habuiſſe videtur *l.* 2. §. 47. *ff. de O. I.* Sic itaque ſatis conſtat, ratione *primae originis* codicillos fuiſſe meras epiſtolas a defuncto ad heredem ſcriptas.

Probatur (II.) ex eo, quod in iure promiſcue epiſtolae vocentur.

§. VI. Conſtat quoque (II.) id ipſum exinde, quod in iure noſtro codicilli paſſim *epiſtolarum* nomine veniant. Euidenter id patet ex *l. Teſtamento.* 89. *pr. ff. de leg.* 2. vbi ICtus ita: *Quaero cum teſtamento ſignificauerit, ſi quid obſignatum recepiſſet, id vice* (h. e. iure) *Codicillorum valeret, epiſtola autem non ſit obſignata, an quae epiſtola*

Digitized by Google

epiſtola continentur ad filium pertineant? Reſpondi, ſi fides epiſtolae relictae conſtaret, deberi, quae in ea dare ſe velle ſignificauit. In hoc textu codicilli et epiſtola promiſcue ſumuntur, ex quo certum indicium naſcitur, codicillos eiusmodi per modum epiſtolae ſolennis ſcriptos fuiſſe. Idem vlterius euincitur ex *l. uxorem.* 41. §. 2. *ff. de leg.* 3. vbi rurſus codicilli et epiſtola promiſcue ſumuntur. Vtut enim haec duo inter ſe opponi videantur in verbis: *Vtrum eidem Damae ex verbis codicilli ab heredibus praeſtandi ſint, an vero ad Seiam uxorem ex verbis epiſtolae pertineant*, tamen antecedentia demonſtrant, de codicillis tantum ſermonem fuiſſe, et quae diſpoſitiones ibi occurrunt, generali nomine codicillorum veniunt.

§. VII. Equidem non deſunt, qui inter codicillos et epiſtolam fideicommiſſariam differentiam quandam obſeruant, quae agnita fuiſſe videtur ab Imperatoribus in *l.* 7. *C. qui teſtam. fac. poſſunt*, vbi ita: *quod et in codicillis et fideicommiſſariis epiſtolis iure ſcriptis obſeruandum erit*, quibus verbis inter ſe haec duo diſtingui videntur. Differentias autem has aſſignat PETRVS MVLLERVS *in notis ad Struuium ex.* 34. *th.* 68. (1.) ratione ſcripturae, quod ſcilicet epiſtola ſemper eam deſideret, licet codicilli poſſint eſſe nuncupatiui; (2.) ratione praemiſſae ſalutis, ſine qua epiſtola non concipitur; (3.) ratione illius, ad quem epiſtola dirigitur, qui in epiſtola eſt amicus forte aliquis aut propinquus, in codicillis autem ſemper heres ſupponendus; (4.) ratione legatorum, quae in codicillis praeſertim teſtamento confirmatis dari poſſunt. Sed hae differentiae nullo modo fundatae ſunt. Nam hoc nunquam autor praelaudatus probabit, codicillos *ab initio* et maxime *iure Digeſtorum* potuiſſe absque ſcriptura fieri, quin ſemper, vbi in Digeſtis fit mentio codicillorum, praeſupponuntur ex natura ſua *ſcripti*. Inde etiam Vlpianus in *l.* 3.

Codicilli et epiſtola fideicommiſſaria non differunt.

Digitized by Google

l. 3. *ff. de teſtam. milit.* vbi clauſulae codicillaris mentionem iniicit, ita ait: *quemadmodum plerique pagani ſolent, cum teſtamenta faciunt* PER SCRIPTVRAM, *adiicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere*; ex quo patet, olim tantum teſtamentis ſcriptis clauſulam hanc adiectam fuiſſe. Quod vero *iure Codicis* aliud introductum ſit, id iuris ſequioris eſt, et huius rationem deinceps excutiemus. Altera differentia itidem haud ſubſiſtit. Nam et in Codicillis *praemiſſio ſalutis* de iure antiquo occurrit. Audiamus Marcellum, qui in *l.* 56. *de fideic. libert.* ita ait: *Deinde codicillis ita cauit: Lucius Titius heredibus primis et ſubſtitutis ſalutem.* Hic adeſt formula codicillorum, in quibus ſalutationis praemiſſio, vt in epiſtolis, occurrit. Aliud exemplum occurrit in *l.* 37. §. 2. *l.* 35. §. 3. *ff. de leg.* 3. *l.* 30. §. 1. *de adim. vel transf. legat. etc.* De quibus et ſimilibus textibus poſtea ſpecialiter dicendum erit. Sed nec ſemper in epiſtolis ſalutationem per ſe olim rem neceſſariam fuiſſe euicit LAVTERBACH. *diſſ. de epiſtola th.* 32. cum etiam in iure noſtro epiſtolae inueniantur, quae nullam ſalutationem praemiſſam habent. *l.* 12. §. 12. *mandat. l.* 5. §. 3. *l.* 21. *l.* 26. *de conſtit. pec. l.* 75. *pr. ff. de legat.* 2. *l.* 4. *de adim. vel transfer. leg.* Tertia differentia itidem non ſtringit, quando enim quaeſtio eſt de epiſtola fideicommiſſaria, illa ordinarie etiam dirigitur ad heredem vel ad eum, qui ex beneficio et voluntate defuncti aliquid habet, quod clariſſime apparet ex *l.* 75. *pr. ff. ad SCt. Trebell.* vbi ICtus ita inquit: *Epiſtolam ad heredem ſuum in haec verba ſcripſit*, et in *l.* 37. §. 3. *de leg.* 3. pater epiſtolam fideicommiſſariam ad filium ſuum ſcripſiſſe dicitur, qui ex donatione patris aliquid poſſidebat. Vltima denique parum in receſſu habet: poſtquam enim legata fideicommiſſis exaequata ſunt, *l.* 1. *ff. de leg.* 1. legata ſine dubio in codicillis et epiſtolis, quae non differunt, niſi ſono vocis, relinqui poſſunt.

Digitized by Google

poſſunt. Hiſce praemiſſis, conſpicuum eſt, ex *l.* 7. *C. qui teſtam. fac. poſſ.* non inferri poſſe, olim differentiam fuiſſe, cum particula *Et* non ſemper ſeparet aut diſtinguat, ſed ſaepe duo vocabula idem ſignificantia coniungat, vid. STRAVCH. *de particul. iuris ſub voc. Et.*

Cardinalis Mantica refutatur.

§. VIII. Agnoſcit etiam Cardinalis MANTICA *de coniect. vlt. vol. lib.* 2. *tit.* 11. *n.* 2. *et.* 3. nullam in effectu inter Codicillos et epiſtolam eſſe differentiam, tamen ratione modi et formae aliquam ſupereſſe exiſtimat deceptus ex *l. f. pr. ff. de leg.* 2. quaſi ibidem codicilli ab Epiſtola diſtinguerentur. Caſus in dicto textu eſt talis: Quidam in teſtamento cauerat, ſi quid *obſignatum* recepiſſet (vel vt alii legunt, *reperiſſet* ſcil. heres) id ipſum iure codicillorum valeret. Reperta eſt epiſtola ad heredem ſcripta non obſignata, ibi non quaerit ICtus, an haec epiſtola iure codicillorum valeret, ſic enim forſan diſtinxiſſe haec duo dici poſſet, ſed potius ita: *An quae epiſtola continentur ad filium pertineant?* De hoc ergo non erat quaeſtio, an non haec epiſtola eſſent codicilli, ſed an tales codicilli *non obſignati* valerent? Olim enim codicilli teſtamento confirmari ſolebant: iam ergo inde ratio dubitandi petebatur, an tantum illi codicilli a teſtatore in praecedente teſtamento confirmati fuiſſent, qui eſſent *obſignati*, non vero, qui *non obſignati* inuenirentur, quo ipſo videbantur nullius eſſe efficaciae. Sed nihilominus ICtus contrarium decidit, quoniam ſufficiebat, generaliter codicillos eſſe confirmatos, praeſertim cum nec obſignatio praeciſe requireretur. Vnde, quando Mantica rem ita definit, *valuiſſe hoc in caſu diſpoſitionem, non iure codicillorum, ſed iure epiſtolae fideicommiſſariae*, differentiam adſtruit rerum, quae ſono differunt, re conueniunt, ſicuti ipſe poſtea non diffitetur, epiſtolas tales etiam valere iure codicillorum, h. e. vnum idemque eſſe.

explicatur l. vlt. pr. ff. de leg. 2.

(III) Codicilli dicuntur ſcribi ad heredem.

§. IX. Sicuti itaque epiſtolae ſcribuntur ad amicum vel ad tertium quendam, ita quoque nunc (III.) in iure paſſim de codicillis dicitur, quod *ſcribantur ad heredem* vel ad eum, cui ex beneficio defuncti aliquid obuenerat, quod rurſus indicium praebet, codicillos nihil aliud quam meras epiſtolas defunctorum fuiſſe. Sic in *l.* 11. *ff. de iure codicill.* ita dicitur: *Qui graui vtero vxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis, libertates dedit*, et in *l.* 19. *ff. eod.* ibi: *is, qui vnum filium habebat, cum codicillos ad eum ſcripſiſſet, deceſſit inteſtatus*, et deinceps: *ad quem codicillus factus eſt.* Item in *l.* 14. *pr. ff. eod.* vbi dicitur: *Quia heres, ad quem ſermonem conferat, in rebus humanis non eſt.* Expreſſius idem euincitur ex *l. alumnae.* 30. §. 2. *de adim. vel. transf. legat.* vbi ICtus notanter ait: *Eodem die codicillos ad heredes ſuos ita ſcripſerat.* Iam vti in §. 3. notatum, ex vſu communi loquendi *codicillos ad aliquem ſcribere* idem denotauit ac *epiſtolam ad aliquem ſcribere.*

(IV.) Codicilli per modum epiſtolae fuerunt ſcriptae.

§. X. Sed et illud (IV.) non omittendum, codicillos per formam epiſtolae ad heredem *communiter* directos fuiſſe. Vtut enim ante notatum ſit, non ſemper epiſtolas habuiſſe praemiſſam ſalutationem, tamen recte infertur, vbi praemiſſa ſalutatio occurrit, hanc ipſam ſcripturam epiſtolam repraeſentare. Huiusmodi exempla infinita in iure noſtro occurrunt. Ex multis pauca tantum afferam. In *l.* 35. §. 3. *de leg.* 3. haec formula occurrit: *Codicillis confirmatis ita cauit: Tiburtibus municipibus meis, amantiſſimisque, ſcitis etc.* et in *l.* 37. §. 2. *eod.* dicitur: *Deinde codicillos per fideicommiſſum confirmauit, quibus ita cauit: Lucius Titius Seiae heredi ſuae, quam pro parte dimidia inſtituit, ſalutem*, et in *l.* 30. §. 1. *de adim. vel transf. leg.* ibi: *Heredibus meis ſalutem*, et in *l. vlt. ff. de fideic. libert.* vbi ICtus ita: *Deinde codicillis ita cauit: Lucius Titius heredibus primis*

Digitized by Google

primis & ſubſtitutis ſalutem: conf. *l.* 34. §. 1. *de leg.* 2. Si ergo codicilli in forma epiſtolae ſcripti fuerunt, ſane *olim* non fuit differentia inter *diſponere per codicillos* et *per epiſtolam.*

Quare hereditas fideicommiſſaria et non directa in Codicillis relinquatur.

§. XI. Et ex hoc primo conceptu nunc facile conſtat, cur in codicillis non detur hereditas directa, bene tamen fideicommiſſaria? Ait Iuſtinianus in *pr. l. de Codicill.* a Lentulo, Codicillorum autore, fideicommiſſa quoque originem traxiſſe; ex quo ſatis probabile redditur, in ipſis codicillis Lentulum quoque ab Auguſto reliquiſſe *fideicommiſſa.* Videlicet quemadmodum epiſtola praeſupponit eum, ad quem ſermonem dirigimus, a quo aliquid per literas petimus, quocum agimus; ita itidem codicilli non facere, ſed iam heredem praeſupponere debuere, quocum teſtator per Codicillos loqueretur, et cui aliquid iniungeret, ordinarie enim diriguntur ad heredem. Inde quod poſt obitum heredis codicillis legatum vel ademtum eſt, nullius momenti eſſe dicitur in *l.* 14. §. 1. *de iure codicill.* ob hanc rationem, *quia heres, ad quem ſermonem conferat, in rebus humanis non eſt, eaque ademtio et datio tunc vana efficietur*, ſicuti in genere epiſtola effectu caret, ſi is, ad quem directa eſt, iam deceſſit. Aſt fideicommiſſa ſunt eiusmodi negotium, quod potiſſimum in epiſtolis et Codicillis conſtitui poteſt. Fiebant olim per rogationes et ſerias petitiones, ad heredem directas, vt ſcil. hereditatem vel rem ſingularem reſtitueret. Aſt vero in literis ad tertium ſcriptis maxime ſolemus rogare et petere vel a tertio aliquid poſtulare, atque adeo nihil conuenientius fuit, quam codicillis fideicommittere. Vnde rurſus in iure infinita exempla occurrunt, quae oſtendunt, eiusmodi formulas olim fuiſſe adhibitas, quales in literis adhiberi ſolerent. Sic in *l.* 108. §. 13. *de leg.* 1. occurrit haec formula: *Te, Titi, rogo fideique tuae committo,* et in *l.* 34.

 pr.

pr. de leg. 2. in haec verba Titia ad filiam Codicillos compoſuit: *a te autem Meuia filia chariſſima peto.* Quin et Codicillis commendabant heredibus eum, quem fideicommiſſo honorare volebant, quale exemplum occurrit in *l.* 34. §. 7. *ff. de leg.* 2. vbi Titia ita codicillis cauiſſe dicitur: *Caium Seium virum meum commendo tibi o filia, cui volo dari etc.* cuiusmodi commendationes iterum ſunt proprium literarum negotium. Imo ſicuti in literis fiduciam, quam erga eum, cui amice ſcribimus, concepimus, ſolemus demonſtrare, ita quoque non infrequens erat, fideicommiſſa hoc modo in Codicillis relinquere. Exempli loco ſit *l.* 37. §. 3. *de leg.* 3. vti propterea Codicillos vocat *epiſtolam fideicommiſſariam*, et hac formula vtitur: *Lucio Titio filio ſuo ſalutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo*, conf. *l.* 39. *pr. eod.* Quae omnia vlterius illuſtrant, Codicillos nihil aliud *ab initio* fuiſſe, quam literas ad heredem ſcriptas.

Non quaeuis literae ſunt codicilli. §. XII. Cum itaque Codicilli certum genus literarum ſint, inde tamen non ſtatim omnes literae, quibus hereditas promittitur vel animi affectus exprimitur, vim huiusmodi Codicillorum habere poſſunt, *l.* 17. *de iure Codic.* Codicilli enim, quatenus vim vltimae voluntatis habere debent, debent eſſe diſpoſitiones, h. e. vt heredi praeſtatio alicuius rei poſt mortem teſtatoris in iis iniungatur, et ſic ſpeciatim exprimatur, quid praeſtandum ſit. Aſt eiusmodi literae generales, de quibus in *l.* 17. *cit.* agitur, non ſpecifice diſponunt; non tunc, quando tantum affectus animi exprimitur, quia non ſtatim aliquid in alterum ex patrimonio noſtro transferre volumus, erga quem affectum noſtrum conteſtamur; nec tunc, quando hereditas literis promittitur, nam nuda promiſſio de futura diſpoſitione non eſt diſpoſitio praeſens, nec ex epiſtola poteſt quis heres fieri, *l.* 52. *pr. de pact.* *l.* 13. *et* 14. *de probat.*

§. XIII.

Digitized by Google

§. XIII. Illud poſtremo adhuc notandum eſt, quod, etſi codicilli ſeu epiſtolae ordinarie dirigantur ad heredem ſecundum §. 9. tamen poſtea receptum ſit, vt etiam potuerint dirigi ad ipſum *fideicommiſſarium* ſeu *legatarium*. Elegans deciſio hac de re occurrit in *l.* 75. *pr. ff. de leg.* 2. vbi Papinianus ita: *Miles ad ſororem epiſtolam, quam poſt mortem ſuam aperiri mandauit, talem ſcripſit: Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos*, quaerebatur, an codicilli huiusmodi valerent? Ratio dubitandi erat, quod non eſſent directi ad heredem, ad quem ratione *ſuae originis* dirigi debebant. Sed nihilominus ICtus decidit, deberi, et ne quis putet, hoc ſingulare eſſe in teſtamento militum, ideo addit: *nec aliud probandum eſſe in cuiuslibet ſuprema voluntate*, *placet enim*, pergit, *conſiſtere fideicommiſſum, etſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur*, vbi quidem in vulgata editione pro *etſi* legitur, *ac ſi*, ſed reuera ſanum ſenſum lectio talis non habet, CVIAC. *lib.* 2. *obſ.* 3. vel pro *remuneratur* ſubſtituendum eſt *rogat*, vt ſenſus ſit, ita hoc capiendum eſſe, ac ſi teſtator cum illo locutus eſſet, qui precario rogatur.

Codicilli poſſunt dirigi ad ipſum legatarium vel fideicommiſſarium.

§. XIV. Hactenus itaque multiplici ratione euictum eſt, Codicillos nihil aliud *ratione ſuae originis* fuiſſe, quam literas defuncti ad heredem regulariter ſcriptas, vtut quando que poſſint ad legatarium vel fideicommiſſarium ſcribi. Potiſſimum autem ab initio dirigebantur ad heredem ſcriptum; deinde introductum eſt, vt etiam ad heredem ab inteſtato dirigerentur. *l.* 16. *de iure codicill.* Et quidem quod ad codicillos ad heredem teſtamentarium ſcriptos attinet, ſolebant communiter teſtamento confirmari, quem in finem hac formula in teſtamentis vtebantur: *Si quos codicillos reliquero, valere volo, l.* 56. *pr. ff. de fideic. libert.* quemadmodum etiam Lentulus, primus codicillorum conditor, illos ſuo teſtamento antecedenter confirmauerat.

Codicilli ab initio teſtamento confirmabantur.

Non

Digitized by Google

Non tamen talis confirmatio erat abſolutae neceſſitatis, ſed diſtinguebatur inter codicillos ante et poſt teſtamentum conditos. Hi confirmatione non indigebant, ſed nihilominus vires ex teſtamento capiebant. *l.* 3. §. 2. *ff. de codicill.* illi vero olim neceſſario confirmandi erant, ne alias per teſtamentum correcti viderentur. *l.* 5. *ff. eod.* Atque huc reſpexiſſe videtur PLINIVS *Secundus lib.* 2. *epiſt.* 16. aiens: *Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte inſtituit heredem, pro non ſcriptis habendos, quia non ſunt confirmati teſtamento. Quod ius ne mihi quidem ignotum eſt, cum ſit iis etiam notum, qui nihil aliud ſciunt. Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, vt defunctorum voluntates, etiamſi iure deficerentur, quaſi perfectas tuerer. Conſtat autem codicillos iſtos Aciliani manu ſcriptos. Licet ergo non ſint confirmati teſtamento, a me tamen vt confirmati obſeruabuntur.* Sed poſt conſtitutionem Seueri et Antonini haec neceſſitas confirmandi codicillos remiſſa eſt, modo appareret, eum, qui teſtamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe. §. 1. *I. de codicill.* conf. ANTON. FABER *lib.* 15. *coniect. c.* 15.

Confirmatio ad quid vtilis.

§. XV. Licet vero confirmatio Codicillorum non eſſet neceſſitatis, maximam tamen habebat vtilitatem, vt eo intimius codicilli cum teſtamento connecterentur, et ita ex codicillis valeret, de quo alias in codicillis diſponi non poterat: magis enim pro parte et acceſſorio teſtamenti, quam pro ſeparata diſpoſitione habebantur. Quod ipſum nunc oſtendendum, cum inde eo facilius ad metam propoſitam perueniamus. Sic heres directus in codicillis ſcribi non poteſt, quod per manus traditum eſſe dicitur in *l.* 10. *ff. de iure Codicill.* adeo vt talis inſtitutio ſit nulla, *l.* 6. *pr. eod.* §. 2. *l. eod.* nec pater directo liberis ſuis hereditatem in illis relinquere poſſit, *l.* 76. *ad SCt. Treb.* Sed quid ſi teſtator, aſſe

Digitized by Google

aſſe toto non diſtributo, ita caueat: *Quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, et deinceps in codicillis heredem Titium ſcribat? valebit illa inſtitutio *ideo*, ait ICtus, *quod, licet hereditas in codicillis dari non poſſit, tamen haec ex teſtamento data videtur, ſed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex aſſe reſiduum manſit.* Hoc caſu (1.) valida eſt heredis inſtitutio in codicillis deſignata, quae alias per ſe inualida, et (2.) quidem vt directo valeat, non per modum fideicommiſſi, vti in *l.* 76. *ad SCt. Trebell.* atque hinc integram portionem accipit non detracta Trebellianica, quae alias detrahenda foret, ſi iure fideicommiſſi partem ſuam acciperet. (3) Fundamentum deciſionis in eo quaeritur, quod, quia codicilli *ſpecifice* antecedenter confirmati ſint, et teſtator eo ipſo ſe ad illos referat, non tam in codicillis quam in teſtamento hereditas data videatur. Ex quo ipſo euincitur, ſpecialem confirmationem codicillorum id operari, vt id, quod in codicillis diſponitur, pro eo habendum ſit, ac ſi in teſtamento diſpoſitum eſſet.

Confirmationis codicillorum in teſtamento factae vtilitas vlterius oſtenditur.

§. XVI. Simile exemplum occurrit in *l.* 10. *ff. de condit. inſtit.* vbi ICtus hanc inſtitutionem factam in teſtamento valere ait: *Si ſeruum heredem codicillis ſcripſero, heres eſto*, vel *cuius nomen codicillis ſcripſero, ille mihi heres eſto*, cum videatur in teſtamento facta, quod ſe ad futuros codicillos referat. Ex eodem fundamento ICtus in *l.* 38. *ff. de condit. et demonſtr.* aliam format concluſionem aiens: Si ita ſcripſero: *quantum codicillis Titio legauero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex teſtamento valet.* Quare autem legatum ex codicillis non valet? quia ſcilicet teſtator antecedenter codicillos confirmauit, et ſe per expreſſum ad illos retulit, vt ideo diſpoſitio codicillaris ad teſtamentum referri debeat. Hactenus quidem exempla adducta ſunt, vbi *ſpecifice* confirmati ſunt fu-

turi codicilli, ceterum ſi generalis ſit confirmatio, idem dicendum eſſe videtur per *l.* 36. *pr. de teſtam. milit.* vbi ICtus ita diſponit: *militis Codicillis ad teſtamentum factis* (h. e. per teſtamentum confirmatis) *etiam hereditas iure videtur dari: quare ſi partem dimidiam hereditatis Codicillis dederit, teſtamento ſcriptus ex aſſe heres partem dimidiam habebit.* Neque vero quis putet, hic ſingulare priuilegium militum occurrere; quaſi illi ex priuilegio poſſint in Codicillis heredes directo ſcribere, nam id quidem doceri nequit, ſed quod codicilli teſtamento confirmati ſint, et ita heredis inſtitutio ad teſtamentum praecedens referri debeat.

Vlterius id illuſtratur. §. XVII. Nouam concluſionem ex hiſce fundamentis producit Vlpianus in *l.* 3. *pr. de teſtam. tut.* vbi dicit: *Teſtamento datos tutores accipere debemus, qui codicillis, teſtamento confirmatis, ſcripti ſunt.* Pro teſtamentario itaque tutore habetur, qui in codicillis antecedenter confirmatis ſcriptus eſt, quoniam in teſtamento datus videtur, ex quo inferunt: *confirmata quod ſit in diſpoſitione, cenſetur fieri in confirmante.* GOTHOFRED. *in not. ad cit. l. lit. k.* Atque ad hunc caſum nunc refero regulam iuris vulgatam: *Quaecunque in codicillis ſcribuntur, perinde habentur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, l.* 2. §. 2. *de iure codicill.* quod de aliis quam teſtamento antecedente confirmatis intelligi nequit, vti hactenus exempla allata euincunt. Idem repetitur in *l.* 14. *ff. eod. codicilli pro parte teſtamenti habentur,* quod itidem de codicillis, ad quos teſtamentum mediante confirmatione ſe refert, eſt intelligendum; nam alioquin quoque heredis inſtitutio directa in codicillis deſignata valeret, modo teſtamentum adeſſet, vtut illud ſe ad codicillos haud referret. Id quod incongruum eſſe videtur, et licet praedicti textus generaliter de codicillis loquantur, tamen loquuntur de eo, quod olim fiebat vt plurimum,

Digitized by Google

rimum, quia vt plurimum in teſtamentis ſolebant confirmari.

§. XVIII. Equidem contra haec, quae hactenus aſſerta ſunt, obiici poſſet, quod, licet confirmatio expreſſa deficiat; tamen illa ſemper ſubintelligatur, et tacite ineſſe videatur per *l.* 3. §. 2. *ff. de iure codic.* vbi ICtus expreſſe ait: *Teſtamento facto, etiamſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capient.* Verum ICtus illud tantum euincit, codicillos non confirmatos nihilominus ſubſiſtere, et validitatem ex teſtamento conſequi, ita vt hoc valente illi quoque valeant, vel vt dicit Paulus in *l.* 16. *in f. eod. Ius ſequuntur teſtamenti*, hoc ſcilicet praeſuppoſito, vt de tali materia illic fuerit diſpoſitum, quae ad codicillos quadrat, veluti ſi legatum, ſi fideicommiſſum relictum ſit. Aliud ergo eſt, *an Codicilli non confirmati valeant ex teſtamento?* Id quod affirmatur, vtut quod ita debetur, non tanquam ex teſtamento ſed, tantum ex codicillis peti debeat: et aliud, an id, quod in codicillis hiſce diſpoſitum eſt, valeat perinde ac ſi in teſtamento eſſet ſcriptum? quod negatur, atque ita tutoris datio, heredis inſtitutio etc. in huiusmodi codicillis data non ſubſiſtit, quae ſubſiſtere deberet, ſi regula in §. *antec.* adducta ad hunc quoque caſum pertineret. Clarius declarat Paulus hoc ipſum in *l.* 5. §. 14. *de his quae vt indign. auf.* vbi ait: *Qui principale teſtamentum arguit, repellitur quoque a codicillis ad teſtamentum factis, licet non confirmatis.* Ratio conſequentiae haec eſt, quia enim codicilli valorem ſuum ex teſtamento habent, licet ſint diſpoſitio ſeparata, tamen eo ipſo, quo quis teſtamentum impugnat, impugnat ſimul codicillos, qui ex teſtamento valent. Breuiter, codicilli non confirmati ſeparatam quidem diſpoſitionem conſtituunt, ſed tamen validitatem ſuam ex teſtamento antecedente conſequuntur: confirmati vero plane teſtamentis ineſſe creduntur, *Remouetur dubium.*

Q 2 tur,

tur, vt, quicquid in iis ſcriptum ſit, in teſtamento ſcriptum credatur.

Olim in codicillis ad teſtamentum factis non requirebantur teſtes.

§. XIX. Vt vero appareat, qua ratione codicilli etiam non confirmati ius teſtamenti ſequantur, et ex eo validitatem capiant, deueniendum nunc eſt ad illud ipſum, de quo principaliter hac diſputatione agendum eſt, vt tamen, quae dicta ſunt, praemitti debuerint, quia ſequentia alias ſine his non recte intelligi poſſunt. Scilicet adeo olim codicilli etiam non confirmati ſequebantur ius teſtamentorum, vt nullam plane ſolennitatem propriam, et ſic nec teſtes deſiderarent, ſed potius omnem virtutem ſuam ex teſtamentis traherent. Quod recte animaduertit BACHOVIVS *ad f. tit. de fideic. heredit. §. ult. verb. qui in fideicommiſſis.* Conſtat id ipſum tum ex ratione antea dicta, tum imprimis ex indole propria epiſtolarum, quippe quas codicilli, vt hactenus euictum eſt, conſtituunt. Incongruum ſane foret, teſtes epiſtolis adhibere, quippe quae ex natura ſua propria ſola ſcribentis voluntate per ſe contentae ſunt, nec vllam ſolennitatem deſiderant. Et inde eſt, quod in toto Digeſtorum iure haud legamus, vnquam deſideratum fuiſſe, vt teſtes in codicillis adhiberentur, id quod ſi eo tempore neceſſarium fuiſſet, vel ſaltim in vnico loco, cum tot textus de codicillis ibidem occurrant, id indicatum fuiſſet, id quod tamen factum non eſt. In Codice contra ſaepius teſtium fit mentio, licet rariores ibidem de codicillis textus occurrant, quia ibidem nouum ius conſtitutum eſt.

Probatur id ipſum porro ex origine codicillorum.

§. XX. Probatur id ipſum vlterius ex prima codicillorum origine. Notum eſt, quod ICti, quos Auguſtus pro vſu codicillorum introducendo in conſilium aduocauerat, maxime hac moti ratione Auguſto autores facti ſint de approbandis codicillis, quod ſcil. *utiliſſimum* et *neceſſarium* hoc ciuibus fore crederent propter magnas et longas peregrina-

Digitized by Google

grinationes, in quibus eis non ſemper integrum eſſet, ob defectum teſtium condere teſtamentum, vt tamen hac ratione codicillos facere poſſent *pr. I. de codic.* Itaque peregrinantibus non fuiſſet conſultum, ſi quinque teſtes ſtatim ab initio adhibendi fuiſſent, cum peregrinantes difficulter quinque teſtium et quidem ciuium Romanorum, qui olim erant neceſſarii, copiam habere potuerint. Ex quo probabiliter concluditur, id in commodum peregrinantium eſſe introductum, vt ita absque teſtibus diſponerent per ſolas literas, quae ex ſe et ſua natura teſtes non admittunt. Huc reſpexit Paulus in *l.* 8. §. 2. *ff. de iure codicill.* aiens: *Codicilli toties valent, quoties quis teſtamentum quoque facere poſſit. Non tamen hoc ita intelligemus, vt exigamus, potuiſſe eum eo tempore, quoſcribit eos codicillos, teſtamentum facere, quid enim, ſi ſufficientium teſtium facultatem non habuit? Sed ſi iure teſtamenti factionem habuit?* Quod ſi itaque ſufficientium teſtium facultatem non habebat teſtator, poterat diſponere codicillis, quippe qui nullos teſtes deſiderarent, vt adeoque toties potiſſimum codicilli adhiberentur, quoties teſtator teſtium copia deſtitueretur. In hoc enim neceſſitas et vtilitas verſatur, de qua antea Imperator loquutus erat, quod propter illum vſus codicillorum ab Auguſto eſſet approbatus.

§. XXI. Vlterius id ipſum liquido probatur ex *l.* 89. *pr. ff. de legat.* 2. ex qua caſus talis poteſt deduci. Titius teſtamento filium et vxorem heredes inſtituerat, ſimulque in eo ſignificauerat, ſi quid obſignatum reliquiſſet, iure codicillorum valeret. Poſtea epiſtolam ſcribebat, qua *quicquid filius in peculio habuit, ei donauit, et adiecit, praecipua haec eum, ſuique iuris, et poſt mortem habere velle*; ſed tamen haec epiſtola *non erat obſignata*, vnde dubitatum fuit, an, quae epiſtola continentur, ad filium pertinerent? Reſpondit ICtus: *ſi fides epiſtolae relictae conſtaret, deberi,* *Probatur id porro ex l.89. pr. de leg. 2.*

Digitized by Google

beri, quae in ea dare ſe velle ſignificauit. Hic totam rationem decidendi quaerit ICtus in *fide epiſtolae*, ſi ſcilicet certum ſit, eandem a defuncto ad heredem emiſſam eſſe: quae ratio ſane eſſet abſona et friuola, ſi teſtium ſufficienti numero fuiſſet inſtructa, quia ita ex teſtium ſubſcriptione ſatis de fide epiſtolae conſtitiſſet. At vero cum teſtes non adhiberentur, hinc ſaepe dubitari poterat de fide codicillorum vel epiſtolae. Atque huc quoque refero illius Lucii Titii teſtamentum, de quo mentio fit in *l.* 88. §. 17. *de leg.* 2. vbi dicit, ſe hoc teſtamentum ſuum ſcripſiſſe *ſine vllo iuris perito, rationem animi ſui potius ſecutus, quam nimiam et miſeram diligentiam, et ſi minus aliquid legitime minusue perite feciſſet, pro iure legitimo haberi debere hominis ſani voluntatem.* Sane nimia illa et miſera diligentia potiſſimum in teſtium numero conſiſtebat, quem neglexerat Lucius Titius, et cum vnice ſuam voluntatem pro fundamento poſuerat, et ex ea diſpoſitionem valere volebat, non ex teſtium numero ipſa valere potuiſſet, qui probabiliter non adfuerunt. Atque tamen hanc diſpoſitionem valere ICtus ait, ſcilicet quia ex mente eius codicilli poterant induci. Idem porro euincitur ex *l.* 77. §. 23. *ff. de leg.* 2. vbi filius matrem heredem ſcripſerat, et fideicommiſſa tabulis data *cum iuriſiurandi religione* praeſtare rogauerat: quaerebatur, an, cum teſtamentum *nullo iure* factum eſſet, tamen ſubſiſteret propter adiurationem accedentem? quod affirmatur. *Nam*, ait ICtus, *enixae voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectae videbuntur.* Hic vnice fundamentum ICtus quaerit in enixiſſima voluntate, per adiurationem declarata, vnde animus codicillos faciendi etiam colligi poſſet, neutiquam vero ex quinque teſtium numero deciſio deſumitur, cum probabile ſatis ſit, teſtes nullos in ea ſpecie fuiſſe adhibitos.

Item ex l. 88. §. 17. de leg. 2.

Vlterior probatio deducitur ex l. 77. §. 23. de leg. 2.

§. XXII.

Remouetur dubium ex l. 8. §. 4. ff. de iur. codic.

§. XXII. Sed remouendum eſt aliquod dubium, quod poſſet contra hanc doctrinam moueri ex *l.* 8. §. 4. *ff. de iure codicill.* vbi ICtus ait: *Si miles teſtamentum quidem ante militiam, ſed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam teſtamentum iure communi valet, niſi militiae tempore ſignauerit vel quaedam adiecerit* (hoc enim facto, potuiſſet etiam teſtamentum valere iure militari.) Reſpondet ICtus: *Certe codicilli militiae tempore facti, non debent referri ad teſtamentum, ſed iure militari valent.* Ex hoc textu colligitur, potuiſſe etiam codicillos iure militari valere: iam in eo potiſſimum inter diſpoſitionem iuris communis et militarem quaerenda differentia, quod illa teſtium ſufficientem numerum, haec nullos teſtes deſideret, atque adeo codicilli militares ab illis, qui ſecundum ius commune facti erant, in eo olim hanc differentiam agnouiſſe videntur, quod illi teſtes, hi nullos deſiderent. Verum in eo quaeſiuiſſe ICtum diuerſitatem, colligitur ex ipſa deciſione. Videlicet codicilli ius teſtamentorum ſequuntur, et validitatem ex teſtamento habent. Quodſi ergo poſt teſtamentum rumpatur vel aliter infirmetur, codicilli quoque ſubuertuntur. Aſt vero hoc ipſum non contingere in huiusmodi codicillis militaribus ICtus ait, quippe qui ſe non neceſſario ad teſtamentum praecedens referunt, vt inde vires capiant, ſed proprio iure ſubſiſtunt, iure ſcilicet militari. Vnde a legatis et fideicommiſſis in illis relictis non detrahitur Falcidia vel Trebellianica, et teſtamento licet vel maxime ex poſtfacto infirmato, adhuc ſubſiſtunt. Vnice ergo in eo κρινόμενον erat, an tales codicilli ſe ita referrent ad teſtamentum, vt eius ius ſequerentur? quod negatur.

In codicillis ab inteſtato

§. XXIII. Atque hoc quidem planum eſſe videtur in codicillis *ad teſtamentum factis*; grauior difficultas eſt de codicillis

Digitized by Google

etiam nulli teſtes olim neceſſarii erant.

codicillis *abſolutis*, teſtamento nullo extante, quia iure Digeſtorum nondum determinatum reperio, vtrum olim etiam hic teſtes neceſſarii fuerint nec ne? Huiusmodi codicillorum mentio iniicitur in *l.* 16. *ff. de iur. codicill.* in qua tamen lege hoc aſſeritur, *quod tales codicilli nihil deſiderent, ſed vicem teſtamenti exhibeant*, quorum verborum non hic ſenſus eſt, quaſi tales codicilli ſolennia teſtamentorum ordinaria ad ſui ſubſiſtentiam requirant, alioquin non amplius codicilli, ſed teſtamentum perfectum forent. Verum comparatio codicillorum cum teſtamento hic tantum *ſecundum quid* inſtituitur, hoc ſenſu, quod, ſicuti teſtamentum per ſe ſubſiſtat, nec alterius adiumento ad ſui validitatem indigeat; ita etiam tales codicilli abſoluti hoc intuitu vicem teſtamenti exhibeant et iure proprio ſubſiſtant. Et hac ratione in *cit. l.* 16. *nihil aliud deſiderare* dicuntur, hoc eſt nec teſtamentum antecedaneum nec teſtes. Nam cum etiam tales codicilli pro epiſtola ad heredem ab inteſtato ſcripta haberi debeant, haec vero per ſe nullos teſtes requirat, et praeterea in iure Digeſtorum nullibi requiratur, vt hoc caſu teſtes adhibeantur, ſatis probabile eſt, codicillos abſolutos olim nullos teſtes deſideraſſe. Atqui huc etiam pertinet teſtamentum Lucii Titii, de quo agitur in *l.* 88. §. 17. *ff. de leg.* 2. quod ſupra iam explicitum, et ſimul dictum eſt, diſpoſitionem illam per modum codicillorum ab inteſtato valuiſſe, vtut nulli teſtes adfuerint.

Plura codicillis poſtea ſunt ſuperaddita.

§. XXIV. Atqui haec quidem primis temporibus, vbi codicilli introducti ſunt, obtinuerunt. Sed ſicuti alias iura non ſemper ibi ſubſiſtere ſolent, vbi inceperunt, ita ſenſim et pedetentim noua forma codicillis ſuperaddi coepit. Sic enim ex poſt facto remiſſum videtur, vt non praeciſe in forma ſolennis epiſtolae diſpoſitio codicillaris, ſed aliis quibuscunque verbis fieret; qua praxi ſemel admiſſa tandem

etiam

Digitized by Google

etiam permiſſum eſt, vt absque ſcriptura nuncupatiue fieri poſſet, *l.* 8. §. 3. *C. de codicill. l.* 13. *de SS. Ecclef. l.* 3. *pr. C. de bonis libert.* Id quod tamen contra primam indolem codicillorum eſt. Hoc ſemel admiſſo haec noua forma codicillis ſuperaddita eſt, vt etiam *teſtes* adhiberentur. Et primitus quidem in codicillis ab inteſtato factis ſeptem vel quinque teſtium interuentum requiſiuit Conſtantinus Imperator, vel vt alii malunt, Conſtantius in *l.* 1. *C. Theod. de teſtam. et codicillis*, vbi ita diſponitur: *In codicillis, quos teſtamentum non praecedit, ſicut in voluntatibus teſtamenti ſeptem teſtium vel quinque interuentum non deeſſe oportet, ſic enim fiet, vt teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſeruentur. Si igitur teſtium numerus defecerit, inſtrumentum codicilli habeatur infirmum.* Ex hoc textu apparet et liquida redditur veritas eorum, quae in antecedentibus §§. latius deducta ſunt; ſcil. in codicillis olim nullos teſtes fuiſſe neceſſarios. Nam hic Conſtantius primum diſponit in codicillis ab inteſtato teſtes eſſe adhibendos, ex eo ſcilicet fundamento, quod ad inſtar teſtamenti per ſe ſubſiſtant, et vicem eius exhibeant, vt dicitur in *l.* 16. *in f. de iure codicill.* Altera ratio eſt, quod absque teſtium numero codicilli ſaepius ſuſpecti fieri poſſent, adeoque teſtium numero deſtitutos infirmos declarat. Hoc ipſum vero nouiter ab eo conſtitutum eſſe, ipſae rationes adductae et contextus oſtendunt, cum ad ius antiquum hic nullo modo prouocetur, ſed talia verba adhibeantur, quae indicant nouum ius conſtitutum eſſe. Cum vero hanc formam *codicillis ab inteſtato* tantum praeſcripſerit: reliquos codicillos *ad teſtamentum factos* in ſuo ſtatu reliquit, vt valerent absque teſtibus, qui nec hic neceſſarii videbantur, cum proprio iure non ſubſiſterent, ſed vires *ex teſtamento* acciperent, et conſequenter ſolennia teſtamentorum ad codicillos traherentur.

Teſtes requiſiti primitus a Conſtantio in codicillis ab inteſtato.

Digitized by Google

etiam nulli teſtes olim neceſſarii erant.

codicillis *abſolutis*, teſtamento nullo extante, quia iure Digeſtorum nondum determinatum reperio, vtrum olim etiam hic teſtes neceſſarii fuerint nec ne? Huiusmodi codicillorum mentio iniicitur in *l.* 16. *ff. de iur. codicill.* in qua tamen lege hoc aſſeritur, *quod tales codicilli nihil deſiderent, ſed vicem teſtamenti exhibeant*, quorum verborum non hic ſenſus eſt, quaſi tales codicilli ſolennia teſtamentorum ordinaria ad ſui ſubſiſtentiam requirant, alioquin non amplius codicilli, ſed teſtamentum perfectum forent. Verum comparatio codicillorum cum teſtamento hic tantum *ſecundum quid* inſtituitur, hoc ſenſu, quod, ſicuti teſtamentum per ſe ſubſiſtat, nec alterius adiumento ad ſui validitatem indigeat; ita etiam tales codicilli abſoluti hoc intuitu vicem teſtamenti exhibeant et iure proprio ſubſiſtant. Et hac ratione in *cit. l.* 16. *nihil aliud deſiderare* dicuntur, hoc eſt nec teſtamentum antecedaneum nec teſtes. Nam cum etiam tales codicilli pro epiſtola ad heredem ab inteſtato ſcripta haberi debeant, haec vero per ſe nullos teſtes requirat, et praeterea in iure Digeſtorum nullibi requiratur, vt hoc caſu teſtes adhibeantur, ſatis probabile eſt, codicillos abſolutos olim nullos teſtes deſideraſſe. Atqui huc etiam pertinet teſtamentum Lucii Titii, de quo agitur in *l.* 88. §. 17. *ff. de leg.* 2. quod ſupra iam explicitum, et ſimul dictum eſt, diſpoſitionem illam per modum codicillorum ab inteſtato valuiſſe, vtut nulli teſtes adfuerint.

Plura codicillis poſtea ſunt ſuperaddita.

§. XXIV. Atqui haec quidem primis temporibus, vbi codicilli introducti ſunt, obtinuerunt. Sed ſicuti alias iura non ſemper ibi ſubſiſtere ſolent, vbi inceperunt, ita ſenſim et pedetentim noua forma codicillis ſuperaddi coepit. Sic enim ex poſt facto remiſſum videtur, vt non praeciſe in forma ſolennis epiſtolae diſpoſitio codicillaris, ſed aliis quibuscunque verbis fieret; qua praxi ſemel admiſſa tandem

etiam

Digitized by Google

etiam permiſſum eſt, vt absque ſcriptura nuncupatiue fieri poſſet, *l.* 8. §. 3. *C. de codicill. l.* 13. *de SS. Eccleſ. l.* 3. *pr. C. de bonis libert.* Id quod tamen contra primam indolem codicillorum eſt. Hoc ſemel admiſſo haec noua forma codicillis ſuperaddita eſt, vt etiam *teſtes* adhiberentur. Et primitus quidem in codicillis ab inteſtato factis ſeptem vel quinque teſtium interuentum requiſiuit Conſtantinus Imperator, vel vt alii malunt, Conſtantius in *l.* 1. *C. Theod. de teſtam. et codicillis*, vbi ita diſponitur: *In codicillis, quos teſtamentum non praecedit, ſicut in voluntatibus teſtamenti ſeptem teſtium vel quinque interuentum non deeſſe oportet, ſic enim fiet, vt teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſeruentur. Si igitur teſtium numerus defecerit, inſtrumentum codicilli habeatur infirmum.* Ex hoc textu apparet et liquida redditur veritas eorum, quae in antecedentibus §§. latius deducta ſunt; ſcil. in codicillis olim nullos teſtes fuiſſe neceſſarios. Nam hic Conſtantius primum diſponit in codicillis ab inteſtato teſtes eſſe adhibendos, ex eo ſcilicet fundamento, quod ad inſtar teſtamenti per ſe ſubſiſtant, et vicem eius exhibeant, vt dicitur in *l.* 16. *in f. de iure codicill.* Altera ratio eſt, quod absque teſtium numero codicilli ſaepius ſuſpecti fieri poſſent, adeoque teſtium numero deſtitutos infirmos declarat. Hoc ipſum vero nouiter ab eo conſtitutum eſſe, ipſae rationes adductae et contextus oſtendunt, cum ad ius antiquum hic nullo modo prouocetur, ſed talia verba adhibeantur, quae indicant nouum ius conſtitutum eſſe. Cum vero hanc formam *codicillis ab inteſtato* tantum praeſcripſerit: reliquos codicillos *ad teſtamentum factos* in ſuo ſtatu reliquit, vt valerent absque teſtibus, qui nec hic neceſſarii videbantur, cum proprio iure non ſubſiſterent, ſed vires *ex teſtamento* acciperent, et conſequenter ſolennia teſtamentorum ad codicillos traherentur.

Teſtes requiſiti primitus a Conſtantio in codicillis ab inteſtato.

Tempore Diocletiani iam teſtes fuiſſe neceſſarios, non probatur ex l. 22. C. de fideicomm.

§. XXV. Equidem facile praeuideo, contra haec, quae hactenus aſſerta ſunt, obiici poſſe, iam tempore Diocletiani teſtes in codicillis neceſſarios fuiſſe, quod facile probari poſſe putant ex *l. 22. C. de fideicommiſſ.* vbi Imperatores ita diſponunt: *Et in epiſtola vel libello vel ſine ſcriptura imo etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe adhibitis teſtibus, nulla dubitatio eſt.* Verum qui ex hoc textu neceſſitatem adhibendi quinque teſtes in codicillis ſcriptis eruere conati ſunt, inde decepti videntur, quod verba vltima: *Adhibitis teſtibus*, ad totam legem pertinere crediderint, cum tamen ad vltimum caſum, quando ſine *ſcriptura vel nutu* fideicommiſſum relinquitur, tantum pertineant, ita vt ſenſus ſit, duplici modo poſſe fideicommiſſum relinqui, vel in *ſcriptis* per epiſtolam vel libellum, vel *ſine ſcriptis*, quo caſu tamen neceſſario adhibendi teſtes, quia alias de voluntate fideicommittentis conſtare non poſſet, cum etiam miles, qui ſine ſcriptis teſtatur, non aliter quam adhibitis teſtibus diſponere queat, §. 1. *I. de milit. teſtam.* Inde egregie falluntur Doctores, quando in hac lege quinarium teſtium numerum iam fundatum fuiſſe aſſeruerunt, cum tamen tempore Diocletiani nulli teſtes in codicillis per ſe eſſent neceſſarii; ex quo concludo, Diocletianum teſtes tantum ſuo tempore *probationis cauſa* requiſiuiſſe, et duobus teſtibus contentum fuiſſe, *per l. 12. de teſtib.* non autem de quinario numero teſtium ſenſiſſe, vt autumat FINCKELTHAVS *obſ.* 51. *n.* 9. et HARPRECHT. *de remed. l. fin. C. de fideic. c.* 2. §. 17. *n.* 4. Licet enim poſt Conſtitutionem Conſtantii quinarius numerus in vltimis voluntatibus pro legitimo habeatur; hoc tamen ad tempora Diocletiani referri nequit. Poſtquam vero Conſtantinus, vel, vt alii malunt, Conſtantius in tali caſu quinque teſtes ad minimum requiſiuit, eatenus legi adductae Diocletianae derogare voluiſſe videtur.

§. XXVI.

Digitized by Google

§. XXVI. Videndum nunc, an poſt tempora Conſtantii hic noua iurium mutatio facta fuerit. Equidem ſi *l. vlt.* §. *vlt. C. de codic.* inſpicimus, exinde planum fieri videtur, tempore Theodoſii generaliter in omnibus codicillis hoc receptum fuiſſe, vt quinque teſtes adhiberentur. Quamuis vero non negandum ſit, *dict. l. vlt.* eſſe Theodoſii; tamen, ſi iuxta codicem Theodoſianum examinatur, conſpicuum redditur, §. *vlt. cit.* 11. non eſſe Theodoſii, vid. *l.* 7. *C. Theod. de teſtam. et codic.* ſed vt IACOBVS GOTHOFREDVS in *not. ad cit. l.* animaduertit, illum eſſe a Triboniano ſubiectum, et ſic ſi quid noui in hoc §. *vlt.* continetur, illud non referendum ad tempora Theodoſii, ſed demum Iuſtiniani. *Tempore Theodoſii nihil hic mutatum.*

§. XXVII. Ergo nunc demum videndum, an tempore Iuſtiniani nouum ius hic introductum fuerit, ita, vt in omnibus codicillis, ſiue ab inteſtato ſiue ad teſtamentum facti fuerint, quinque teſtes adhibendi ſint. Quod ſi communem Doctorum opinionem intuemur, hoc aſſerendum videtur, quippe qui generaliter aſſerunt, in omnibus codicillis quinque teſtes neceſſarios eſſe. ANTON. FABER *in C. lib.* 6. *tit. definit.* 2. *n.* 17. CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *def.* 35. RICHTER *P.* 1. *dec.* 22. *n.* 16. Hinc quod *in l. vlt. ff. de leg.* 2. dicitur, valere relictum nuda epiſtola, hodie correctum eſſe per ius nouum, dicit CARPZ. *c. l. n.* 4. conf. STRVV. *ex.* 35. *th.* 17. BACHOV. *ad Treutl. Vol.* 2. *diſp.* 13. *th.* 8. *lit. a. b. modo per duos*, HARPRECHT. *Vol.* 1. *conſ.* 5. *n.* 2. et *in tr. de remed. l. vlt. C. de fideicomm. c.* 2. §. 17. *n.* 4. Fundant ſe praelaudati Doctores potiſſimum in *l.* 28. §. 1. *C. de teſtam.* vbi haec habentur: *Et ſic teſtamentum validum, et codicillus, ſi quinque teſtium literae teſtatoris ſcripturae coadunentur, in ſua firmitate remaneant.* Potiſſimum vero huc pertinent verba finalia, quae Tribonianus *legi vlt. C. de codicillis* ſubtexuit, his verbis: *In omni* *An tempore Iuſtiniani teſtes generaliter requiſiti fuerint.*

autem vltima voluntate, excepto teſtamento, quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in vno eodemque tempore debent adhiberi, ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis voluntas conficiatur. Proinde etiam in mortis cauſa donatione praeciſe quinque teſtes adhiberi debent, *l. vlt. C. de m. cauſa donat.* quin et Imperator in §. *vlt. de fideic. hered.* generaliter aſſerit, numerum quinque teſtium in fideicommiſſis legitimum eſſe, qualia vtique in codicillis expediuntur. Hi textus omnes generaliter loquuntur et ſic omnes quoscunque codicillos complecti videntur. Denique hoc ipſum etiam confirmat *Ordinatio Notar. Maximil. de Ao.* 1512. §. *Und ſollen die* Notarien. *Verſ. Aber in* Codicillen.

Non confirmati codicilli requirunt quinque teſtes ex Iuſtiniani lege.

§. XXVIII. Verum quemadmodum ſupra §. 14. *ſeqq.* diximus, codicillos ad teſtamentum fieri poſſe duplici ratione, 1.) absque confirmatione praecedente, 2.) confirmatione teſtamentaria antecedente, ita vt hi *pro parte teſtamenti* haberi debeant, non item ſimpliciter illi; ita omnino inquirendum, an vtroque modo factos codicillos Iuſtinianus ſub noua ſua diſpoſitione comprehendere voluerit? Equidem de non confirmatis admittere poſſumus, illos quoque ſub noua Iuſtiniani conſtitutione contineri, partim quia Iuſtinianus ſatis generaliter loquitur, et ſic novi quid poſt legem Conſtantii introducere voluiſſe videtur, partim etiam, quia tales codicilli non confirmati ſeparatam diſpoſitionem includunt, nec ita ad teſtamentum ſe referunt, vti quidem per teſtamentum confirmati. Atqui in hoc omnes ad vnum communiter conſentiunt.

Varia opinio Dd. de quaeſtione: an codicilli confirmati requirant teſtes.

§. XXIX. De confirmatis itaque nunc videndum, annon hi etiam quinarium teſtium numerum deſiderent ex iure Iuſtinianeo? quod aſſerunt HIERONYMVS SCHVRFFIVS *cent.* 2. *conſil.* 48. *num.* 7. *et ſeqq.* MODESTINVS PISTOR. *Vol.* 1. *conſ.* 44. THOMAS HERBAIVS *rer. quotid.*

Digitized by Google

tid. cap. 8. quorum rationes concludentiſſimas eſſe aſſerit FERDINANDVS CHRISTOPHORVS HARPRECHT. *Vol.* 1. *conſ.* 5. *n* 63. conf. HILLIGER *ad Donellum lib.* 7. *cap.* 17. et allegati a BESOLDO *ad ius Prou. Wurt. diſp.* 3. *theſ.* 156. Ipſe praelaudatus HARPRECHT. *cit. conſil. n.* 64. diſtinguit inter *ius Iuſtinianeum* et *conſuetudinem vniuerſalem Germaniae*, ita vt ſecundum hanc teſtes quidem non ſint neceſſarii, bene tamen ſecundum illud. Sed non deſunt quoque, qui non eo vsque nouam Iuſtiniani legem extendendam eſſe exiſtimant, inter quos principatum gerunt BARDILI *de ſcheda teſtamentaria cap.* 5. §. 3. *et* 4. DONELLVS *cit. loc. lit. g.* BESOLDVS *cit. loc. theſ.* 155.

§. XXX. Et hanc poſteriorem ſententiam omnino iuri Iuſtinianeo conformem eſſe arbitror, ſi illa ipſa argumenta, quae ſupra §. 15. de vtilitate confirmandi codicillos adducta ſunt in medium, adhibeantur. Conſtat ex illis, quod tales codicilli reuera *teſtamento ineſſe* credantur, pro *parte teſtamenti* reputentur, et quicquid in huiusmodi codicillis diſponitur, pro *diſpoſito in teſtamento* habeatur. Quid ergo opus foret noua ſolennitate, cum tamen teſtamentum ad hos codicillos trahatur? Et hoc intuitu quoque Iuſtinianus in *l. vlt.* §. *vlt. C. de Codicill.* expreſſe hanc addit limitationem: excepto teſtamento, indigitans ſe de teſtamento *in ſpraedict.* §. non diſponere, ſed de eiusmodi diſpoſitionibus, quae plane *ad teſtamentum* referri nequeunt, quorſum tamen omnino hi codicilli pertinent, qui pro *parte teſtamenti* habentur. Ipſe Maximilianus in *Ordinat. Notar. de anno* 1512. *c. l.* huc etiam, ni fallor, reſpexiſſe videtur, dum reſtrictiue loquitur hoc modo: *Aber in* Codicillen, *nemlich, darinn einem auſſerhalb Anſehung oder Machung ander Erben etwas nach* *Probatur opinio negatiua.*

eines Tode von deſſelben Erben zu reichen vnd zu empfahen geſetzet etc. quae verba hanc commodam admittunt interpretationem, ſcilicet hic agi de eiusmodi codicillis, in quibus heres non conſtituitur aut declaratur. At vero tales demum ſunt codicilli non confirmati, cum in confirmatis hoc licitum eſſe ſupra plenius dictum ſit.

Codicilli confirmati non ſunt comprehenſi ſub l. vlt. §. vlt. C. de codicill.

§. XXXI. Et ſane cum hi codicilli ſpecialem ſuam rationem et naturam habeant, et ſe expreſſe referant ad teſtamentum, hoc vero illos ſua confirmatione includat, non poteſt dici, illos eſſe ſub *cit. l. f. C. de Codicill.* comprehenſos, vtut lex ſatis generaliter loquatur, cum non ſemper leges generaliter loquentes generaliter ſint intelligendae. Quin ne quidem in dubio mutatio praeſumitur, multo minus, ſi praegnantiſſimae rationes in contrarium ſint, illa ſtatuenda, ſed potius iuri veteri, quantum fieri poteſt, inſiſtendum. Et hunc in finem in antecedentibus tam operoſe oſtendere neceſſum habui, antiquitus codicillos nullos requiſiuiſſe teſtes, ſed paulatim eorum numerum eſſe introductum, adeoque demum *nouiori iuri* adſcribendum, vt eo fortius declararem, non ſatis recte *legem vltimam C. de Codicill.* generaliter licet loquentem, generaliter intelligi. Huc etiam faciunt alia argumenta, quae BARDILI *cit. l.* pro validitate Schedae teſtamentariae absque teſtibus confectae adducit, quae tamen hinc inde iam adducta ſunt.

Haec ſententia et praxi et iuri Iuſtinianeo reſpondet.

§. XXXII. Atque ita ex hactenus dictis apparet, non tantum ſecundum *praxin hodiernam*, vti quidem putat Dn. HARPRECHT. *cit. conſ.* 5. ſed etiam ſecundum *leges Iuſtinianeas* codicillos teſtamento confirmatos nullos requirere teſtes, et in eo a reliquis codicillis differre. Nam etiam pleraque argumenta, quae a viro eruditiſſimo adferuntur, ex iure communi ſunt deſumta, ſicuti etiam plerique Dd. quos plena manu adducit, ad ius commune provocant,

Digitized by Google

vocant. Praeſertim neruoſe BRVNNEMANNVS *ad l.* 38. *ff. de condit. et demonſtr. n.* 1. huc collimat, vbi ait: *Si teſtator in teſtamento ſe referat ad epiſtolam, valebit legatum in epiſtola relictum, quia in teſtamento videtur relictum per relationem.* Hoc intuitu Dn. STRYK. *de caut. teſtam. c.* 2. §. 12. hanc confirmationem commendat, velvti ſi addatur: *Wollen auch, daß dasjenige, was wir durch ein oder mehr Codicill auch eingelegten Zeddeln, väterl. Annotation oder ſonſten weiter verordnen werden, alſo ſtarck und gültig ſeyn ſolle, als wenn es hierinn mit ausgedrückten Worten begriffen wäre*; nam vi huius *clauſulae*, ait, *ex teſtamento ſuam ſubſiſtentiam recipiunt ſchedulae, omni alia ſolennitate deſtitutae.* Atque ſecundum hanc ſententiam Anno 1705. nuper pronunciauit Dn. STRYKIVS, quod reſponſum cum nobis ab ipſo gratioſe communicatum ſit, hic addere lubuit.

Es hat weyl. Antonius Bailly *Anno* 1673. *ein Teſtament aufgerichtet, und unter andern auch ſeine Tochter erſter Ehe* Iohannam *folgender Geſtalt zum Erben eingeſetzet, daß ſie, wenn ſie unverheyrathet ſterben würde, ihr Väterlich Erbgut nicht an jemand fremdes, ſondern allein an ihre Brüder und Schweſtern wieder vermachen ſolle, darauf auch obgedachte* Iohanna Bailly *zwar ohnverheyrathet geſtorben, doch Anno* 1679. *gleichfalls ein Teſtament aufgerichtet, darinn ſie ihres Vaters Teſtament in allen Folge geleiſtet, nur daß ſie der verſtorbenen Schweſter und Brüder Kinder mit zu denen obgedachten Väterlichen Erbgüthern beruffen, in übrigen ihrem Teſtament folgende* Clauſul *beygerücket, daß, wenn ſie die Teſtirerin nach dieſen noch etwas mit ihrer eigenen Hand und Namens Unterſchrifft dem Teſtament beyfügen würde, ſolches eben ſo gültig und kräftig ſolle erachtet werden, als wenn es dem Teſtament ſelbſten* Facti ſpecies.

wörtlich

wörtlich und würcklich einverleibet wäre, und dann dieſelbe den 26. Octobr. 1701. *einen Anhang dem Teſtament mit ihrer eigenen und zweyer Zeugen Unterſchrifft hinbeygefüget, Kraft welchen ſie aus bewegenden Urſachen ihrem Halbbruder* Dionyſio Bailly *die* adminiſtration *ſeines Antheils ſeinen Kindern zum beſten entzogen, und verordnet, daß dieſelbe durch einen andern* adminiſtriret *und ihm die Abnutzung davon gereichet werden ſolle, laut mehrern Innhalt des bey den* Acten *befindlichen Teſtaments, zu welchen allen doch obgedachter* Dionyſius Bailly *ſich nicht verbunden erkennet, und dann hierbey gefraget wird:*

Quaeſtio. *Ob das dem* Teſtamento *Anno* 1701. *beygefügte* adiunctum *wegen der im Teſtament befindlichen* Clauſul *beſtehen könne oder unkräftig ſey?*

Rationes dubitandi. *Nun möchte zwar eingewandt werden, daß das bey dem* Teſtamento *befindliche* Adiunctum de anno 1701. ob defectum teſtium *nicht beſtehen könne, indem nur* 2. *Zeugen ſolches unterſchrieben, da doch zum wenigſten* 5. *Zeugen* adhibiret *werden müſſen.*

l. vlt. C. de Codicill. CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *def.* 35. RICHTER. *P.* 1. *deciſ.* 62. *n.* 17.

quod adeo verum eſt, vt, licet legatum aliquod in epiſtola vel ſchedula relictum fuerit, hoc tamen non aliter ſubſiſtat, quam quinario teſtium numero adhibito.

BRVNNEM. *ad l. fin. pr. de leg.* 2. PETR. GREGOR. THOLOS. *in Syntagm. Iur. vniverſ. lib.* 41. *c.* 18. *in f.*

Zumahl ſonſten dasjenige, was die leges *mit ſo groſſer Sorgfalt* conſtituiret *hätten,* per indirectum *umfallen, und zu vielen Betrügereyen Anlaß gegeben würde, welches vornehmlich in gegenwärtigem* caſu vrgiret *und anführet*

Hieron.

Digitized by Google

HIERON. SCHVRFFIVS *cent.* 2. *conſ.* 48. *n.* 8.
Und obgleich die Teſtatrix Iohanna Bailly *die* clauſulam reſeruatoriam *dem* Teſtamento *annectiret und darinn geordnet, daß alle dasjenige, was ſie etwa nachgehends zu ihrem Teſtamente ſchreiben oder demſelben anhängen würde, ſolches eben die Kraft haben ſolte, als ob ſolches wörtlich dem Teſtament mit einverleibet wäre, ſo möchte doch dawieder angeführet werden können,* quod nemo poſſit cauere, ne leges in ſuo teſtamento valere debeant.
l. 55. *ff. de legat.* I.
maxime in tali negotio, vbi leges aliquid pro forma requirunt.
SCHVRFF. *cit. l.*
Bey welchen Umſtänden denn auch viele Dd. *ein ſolches* Adiunctum *vor unkräftig erklären, wenn nicht* 5. *Zeugen adhibiret worden.*
HILLIG. *ad Donell. lib.* 7. *c.* 19. *lit. g.* MODESTIN. PISTOR. *Vol. I. conſ.* 44.
Weil aber dennoch nicht allein denen gemeinen Rechten, ſondern auch der Praxi *nach einem ieden* Teſtatori *frey ſtehet, ſich in ſeinem Teſtament auf eine gewiſſe* ſchedulam vel aliam ſcripturam *zu beruffen, worinn er* nomen heredis vel legatarii *geſchrieben hätte oder noch ſchreiben würde, und dabey nicht erfordert wird, daß ſolche* Schedula *von* 5. *oder* 7. *Zeugen unterſchrieben werde, ſondern gnug iſt, wenn man nur ſonſten gewiß ſeyn kan, daß es eben dieienige* ſcriptura *ſey, worauf ſich der* Teſtator *referiret,* ſiue iam ſcripta fuerit ſchedula tempore conditi teſtamenti ſiue adhuc ſcribenda. **Rationes decidendi.**
l. 77. *ff. de hered. inſtit.* BARDILI *de teſtam. nuncupat. th.* 28. BESOLD. *conſ.* 203. *n.* 16.
Und dann ſolches um deſto ehender in dem Fall zu admittiren, wenn in dem Adiuncto *oder* ſchedula, *worauf ſich*

Digitized by Google

der Teſtator *referiret, keine* heredis inſtitutio *vorhanden, ſondern nur etwas anders darinn verordnet*, vbi minor ſolennitas requiritur, *mithin die* clauſula reſeruatoria in praeſenti teſtamento *dieſes operiren und würcken muß, daß all dasienige, was nachgehends die* Teſtatrix *unter ihrer eigenhändigen Unterſchrift dem Teſtament beygefüget*, ex virtute factae in teſtamento celationis *eben ſo feſte muß gehalten werden, als wenn es dem* Teſtamento *wörtlich und würcklich einverleibet wäre*, ſi enim teſtator in teſtamento ſe referat ad epiſtolam, valebit legatum in epiſtola relictum, quia in teſtamento videtur relictum per relationem ad epiſtolam.

BRVNNEM. *ad l.* 38. *de condit. et demonſtr. n.* 1.

Imo expreſſa per relationem, expreſſa dicuntur in ſpecie, ac ſi in referente fuiſſent inſerta.

arg. l. 2. §. 2. *ff. de iure codicill.* GARS. MASTRILL. *deciſ.* 190. *n.* 5.

et paria cenſentur aliquid in teſtamento exprimere ſpecifice, vel per relationem ad aliud.

CARDIN. MANTICA *de coniect. vlt. vol. l.* 4. *tit.* 3. *n.* 11. BRVNNEM. *ad l.* 25. *de reb. dub. n.* 2.

adeo vt relatum ſit pars referentis.

CARDIN. TVSCH. *pract. concl. tom.* 6. *lit. R. concl.* 129. *n.* 2. BARBOS. *Theſ. loc. comm. lib.* 16. *c.* 23. *ax.* 16.

in welcher Abſicht es allerdings überflüßig wäre, bey dergleichen adiunctis *oder* ſcripturis *noch* 5. *Zeugen zu gebrauchen, als worinn auch denen Rechten nach keine Zeugen erfordert werden.*

arg. l. Theopompus. 14. *ff. de dot. praeleg. l. f. pr. de leg.* 2. *l.* 6. *C. de Codicill. l.* 18. *ff. de iur. Codicill.*

Welche Meynung auch ſo wol durch die tägliche Praxin *als bewährteſten Rechts-Lehrer confirmiret und beſtätiget wird.*

BARDI-

BARDILI *diſput. de ſcheda teſtament. c.* 5. §. 3. *ſeqq.* BRVNNEM. *ad l. f. pr. ff. de leg.* 2. *n.* 4. ERNESTVS COTHMANNVS *Vol.* 5. *Conſ.* 33. BESOLD. *in delib. Pandect. lib.* 28. *et* 29. *n.* 8. *in f.* HARPRECHT. *Vol.* 1. *conſil. Tubing. integro* 5.

Welchen denn nicht entgegen ſtehet, daſs in Codicillis 5. *Zeugen erfordert werden, als welches* de Codicillis abſolutis et per ſe ſubſiſtentibus, non vero de illis, qui propter relationem pars teſtamenti eſſe videntur, *zu verſtehen iſt*, atque adeo implicite teſtes iidem, qui teſtamento adfuerunt, hic quoque adfuiſſe videntur. ***Reſponſio ad rationes dubitandi.***

ALEXAND. *lib.* 7. *conſ.* 4. *n.* 6. *in f.*

Wie denn auch nicht mag geſaget werden, quod ita fraudibus locus concedatur, *weil allezeit allhier zum voraus geſetzet wird, daß bey dem* relato *keine* ſuſpicio falſi *verhanden, wie ſolches allhier deutlich zu finden.*

HARPRECHT. *cit. l. n.* 80.

Und ob gleich einige Dd. *allhier das Gegentheil ſouteniren möchten, ſo iſt doch deren Meinung weder dem* Iuri *noch* moribus noſtris conform, *und kan alſo um deſto weniger darauf regardiret werden.*

So erſcheinet hieraus ſo viel, daß das dem Teſtamento *beygefügte* adiunctum de Anno 1701. *zu Rechte beſtändig und kräftig ſey.* ***Deciſio.***

§. XXXIII. Parum autem referre exiſtimo, vtrum teſtamentum, quod codicillos confirmat, ſit *ſcriptum* an vero *nuncupatiuum*? Nam et ſcriptos codicillos ad teſtamentum nuncupatiuum fieri poſſe nullum habet dubium *l. f. ff. de iure codicill.* Debet tamen ante omnia conſtare, quod teſtator nuncupatiue codicillos coram teſtibus nuncupauerit, veluti ſi dixerit: *So ich nechſt dieſen noch ein ander* Codicill *zu machen mich reſolviren ſollte, ſo will ich ſolche hiemit bekräftiget, und darbey verordnet* ***Sufficit, ſi confirmati codicilli ſint in teſtamento nuncupatiuo.***

 haben,

haben, daß ſolche eben ſo gelten ſollen, als wenn alles, was darinn möchte diſponiret werden, von mir anitzo mündlich ausgeſprochen wäre. Quod ſi itaque a Notario inſtrumentum publicum deſuper factum fuerit, res plana eſt, ſi modo conſtat de fide codicillorum vel ex ſubſcriptione vel quod teſtator illos codicillos ſua manu conſcripſerit. Tunc recte hic applicamus, quod Imperatores aiunt in *l. 6. C. de codicill. confirmatione codicillorum munitus nullam iuſtam gerere ſollicitudinem legatarius debet.*

Hinc ſubſiſtere poteſt diſpoſitio, cui clauſula codicillaris adiecta, licet teſtes quinque deficiant.

§. XXXIV. Ex praemiſſis nunc vlterius concludi poteſt, ſubſiſtere aliquando poſſe diſpoſitionem, cui clauſula codicillaris adiecta, licet ne quidem quinque teſtes adſint, hiſce tamen concurrentibus requiſitis, ſi ſcilicet teſtator antea ſolenne teſtamentum fecit, inque eo codicillos confirmauit, deinceps vero teſtamentum aliud condidit, quamuis ob defectum teſtium iure deſtitutum, clauſula tamen codicillari munitum fuerit. Hic enim certum eſt, prius teſtamentum non rumpi per poſterius, cum nullum ſit, *§. pen. in f. I. quib. mod. teſtam. infirm.* defendi tamen poſſe videtur, poſteriorem diſpoſitionem ſubſiſtere iure codicillorum, qui, cum antecedente teſtamento iam ſint confirmati, etiam ſubſiſtent, licet ne quidem quinque teſtes adfuerint. Vnde quando Dd. communiter aſſerunt, clauſulam codicillarem nihil operari, ſi ne quidem quinque teſtes adhibiti fuerint, STRVVIVS *ex.* 34. *th.* 66. hoc intelligendum eſt de illa diſpoſitione, quae teſtamento non confirmata eſt.

Quandoque ex accidente teſtes ſunt neceſſarii.

§. XXXV. Ceterum vtut hactenus teſtium numerum ad ſubſtantiam horum codicillorum non neceſſarium eſſe diximus; tamen conſtare vtique debet de codicillorum veritate, adeoque ſi de ea dubitatur, probatio omnino eſt neceſſaria, de qua cum pleniſſime egerit BARDILI *diſſ.*

de

Digitized by Google

de Scheda teſtament. c. 3. meditationem noſtram ad illam non dirigemus. Interim ad hanc certitudinem conſequendam quandoque *ex accidente* teſtes requiruntur, ſi forſan codicilli a coeco vel imperito literarum conditi fuerint. Nam ſicuti teſtamentum coeci non aliter ſubſiſtit, quam ſi id ipſum coram omnibus teſtibus legatur, aliis duobus teſtibus ſimul chartam inſpicientibus, vt recte annotat BRVNNEMANNVS *ad l.* 8. *C. qui teſtam. facere poſſunt:* ita quoque, ſi coecus huiusmodi codicillos confirmatos condere vellet, praelectio teſtibus adhibitis hic quoque non eſſet negligenda. Interim cum teſtes hoc caſu ad certitudinem codicillorum ſpectent, vt exinde conſtet, nihil contra voluntatem codicillantis in iis ſcriptum eſſe, ſufficere crediderim, ſi praeter praelectorem alii duo teſtes, ſimul chartam inſpicientes, praelectioni adhibeantur, et coram illis teſtator declaret, omnia, quae ipſi praelecta eſſent, voluntati ſuae conformia eſſe, vt deinceps documentum factae praelectionis, ſubſcriptione teſtium illorum munitum annecteretur, hac forſan ratione: *Daß dieſes Codicill dem Teſtatori in unſerer Gegenwart deutlich vorgeleſen, ſo daß wir zugleich mit auf die Schrift geſehen, und ſich hierauf der Teſtator erkläret, daß alles, ſo ihm vorgeleſen, ſeinem Willen gemäß geſchrieben ſey, ſolches bekennen wir mit unſerer Unterſchrift und beygedruckten Petſchaft, Halle den* 28. *Auguſt* 1707. Equidem hic in contrarium vrgeri poſſet, quod Imperator expreſſe in *l.* 8. *C. qui teſtam. facere poſſ.* disertis verbis eadem ſolennia in codicillis coecorum requirat, quae in teſtamentis eorum neceſſaria ſunt, quod planum eſſe videtur ex verb. ſequentibus: *Quae in eundem modum erunt obſeruanda, quamuis non heredes inſtituere, ſed legata ſolum vel fideicommiſſa et in ſumma, quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda*, quod etiam confirmat *Ordinat. Notar. de Ao.* 1512. atque proinde in codicillis coecorum quoque octo teſtes

Veluti in Codicillis coeci.

Duo hoc in caſ. ſufficiunt.

Dubium remouetur.

Digitized by Google

teſtes requirunt CARPZ. *P.* 3. *C.* 6. *def.* 5. FRANC. BARRY *de ſucceſſ. lib.* 1. *tit.* 6. *n.* 2. ALCIAT. *lib.* 9. *conſ.* 32. *n.* 1. Verum rectius alii haec verba non ſimpliciter capienda eſſe aſſerunt, ſed potius tantum ad praelectionem, hic quoque faciendam, pertinere contendunt. Vid. Dn. STRYK. *de iure ſenſ. diſſ.* 2. *c.* 3. *n.* 28. *et. ſeqq.* Quicquid ad praeſentem ſpeciem, vbi codicillos confirmatos ſupponimus, id non aliter, quam quoad praelectionem faciendam pertinere, rationes antea adductae ſuadent. Idem quoque ſimili ratione obſeruandum erit in codicillis confirmatis imperitorum literarum, cum et hic praelectio ſit neceſſaria, vti pluribus demonſtrauit Dn. Praeſes *diſſ. de teſtamento non praelecto*, quorſum B. L. remitto.

Idem obſeruandum in codicillis imperitorum literarum.

CAP. II.

DE

CODICILLIS AB INTESTATO SINE TESTIBVS VALIDIS.

ARGVMENTVM.

I. Codicilli ab inteſtato ex ſpeciali ratione abſque teſtibus valent. II. ex conſtitutione Iuſtiniani in L. vlt. C. de fid. hered. III. IV. Haec continet codicillos praeſenti heredi iniunctos. V. Eius ratio in fide electa heredis praeſentis. VI. Vtrum verba ad heredem dirigenda ſint? VII. Valent abſque teſtibus. Etiam his interuenientibus iuramento heredis opus eſt. VIII. Abſque teſtibus valent codicilli principi oblati, IX. vel iudici, X. militari iure conditi. XI. Vtrum in caſtris conditi, teſtes deſiderent? XII. De codicillis

a pagano

Digitized by Google

a pagano in hoſtico confectis. XIII. De codicillis tempore peſtis conditis, XIV. et a parentibus inter liberos, XV. et in fauorem piae cauſſae confectis.

§. I.

Tranſitus ad codicillos ab inteſtato ſine teſtibus validos.

In Capite praecedente oſtenſum eſt, in Codicillis confirmatis teſtamento nullos teſtes eſſe neceſſarios, in reliquis autem codicillis quinarium numerum teſtium ab imperatoribus nouiter introductum eſſe. Vtut vero haec regulariter ita ſe habeant, tamen non deſunt caſus, vbi etiam in *codicillis ab inteſtato* et non confirmatis teſtes vel nulli vel pauciores, quam quinque deſiderantur, quos in hoc capite excutiemus, potiſſimum mentionem facientes codicillorum ab inteſtato, quia, ſi de his probatum erit, quod abſque teſtibus valeant, ſimul conſtabit, eosdem quoque ita valere, ſi ad teſtamentum facti fuerint.

Primus caſus ex l. f. C. de fideic. proponitur.

§. II. Primus et illuſtrior caſus eſt in *l. vlt. C. de fideicommiſſis et §. vlt. I. de fideicommiſſ. hereditat.* vbi Iuſtinianus nouiter diſpoſuit, quod ſi teſtator heredis ipſius fidem elegerit, et coram eo conceptis verbis nuncupauerit, cui legatum vel fideicommiſſum relinquere vellet, hoc omnibus modis valere debeat, licet nemo penitus teſtis interuenerit, quatenus heres iurare non poteſt, ſe nihil tale quid a defuncto audiuiſſe, de qua ſpecie diſpoſitionis egregium tractatum edidit Dn. HARPRECHT. de *remedio legis vltimae C. de fideicommiſſis.*

Quaeſtio proponitur, an in l. cit. vlt. Codicilli occurrant.

§. III. Cum vero hic de codicillis ſolliciti ſimus, praeiudicialis quaeſtio ante omnia examinanda eſt, an etiam in hac diſpoſitione ſpecies aliqua codicillorum occurrat, quod a paucioribus obſeruatum eſſe memini. Ipſe praelaudatus Dn. HARPRECHT hanc diſpoſitionem vocat *remedium l. vlt. C.*

Digitized by Google

vlt. C. de fideic. alii *beneficium l. vlt.* alii *prouiſionem Imperatoris,* vid. Dn. HARPRECHT. *cit. l. c.* I. §. 3. Sed ſicuti hi termini nimis generales ſunt, et tantummodo ius agendi ex *cit. l. vlt.* deſignant, ita exinde non conſtat, quorſum haec diſpoſitio referenda ſit, an ad codicillos, an vero nouam ſpeciem vltimae voluntatis a reliquis diuerſam conſtituat; nam et inter vltimas voluntates a Doctoribus refertur, vid. LVDWEL de *vlt. volunt. part.* 2. *cap.* 5. Dn. HARPRECHT. *cit. Tr. cap.* I. §. 8. *n.* 12. quorſum etiam Imperator ipſe collimat in §. *vlt. I. de fideic. hered.* aiens: *ne depereat vltima voluntas teſtatoris fidei heredis commiſſa.* Si ergo eſt ſpecies vltimae voluntatis, vti omnino eſt, vel ordinariis ſpeciebus accenſenda vel noua ſpecies dicenda erit. Aſt hoc vltimo caſu diuerſitates prius adducendae ſunt.

Diſpoſitio l. f. §. f. C. de fideic. continet codicillos nuncupatiuos.

§. IV. Verum omnino exiſtimo, hanc ipſam diſpoſitionem nil niſi meros *codicillos nuncupatiuos* continere, et propterea commode huc referri poſſe. Poſtquam enim receptum eſt, codicillos etiam poſſe ſine ſcriptis adornari, forma primaeua codicillorum ſatis mutata eſt, vt adeo ſine vlla haeſitatione omnes alias diſpoſitiones ſub nomine codicillorum complecti debeamus. Inprimis autem diſpoſitio praedicta in claſſem codicillorum nuncupatiuorum vel ideo referenda eſt, quod ad naturam primaeuam eorum quam proxime accedat. Sicuti enim codicilli in prima ſua origine nihil aliud erant, quam *literae ad heredem ſcriptae, quibus teſtator ad heredem ſermonem conferebat,* vt dicitur in *l.* 14. *ff. de iure codicill.* et ita quaſi cum herede loquebatur per epiſtolam, vt dicitur in *l.* 75. *pr. ff. de leg.* 2. conf. GOTHOFREDVS in *not. ad cit. l. lit.* I. ita quoque Imperator vim diſpoſitionis *legis vlt.* in eo collocat, quod defunctus *fidem ipſius heredis* elegerit, et ita coram cum eo locutus fuerit; in ſcriptis codicillis vero itidem

Digitized by Google

dem teſtator cum herede, vel a quo alias legatum vel fideicommiſſum relinquit, loquitur. Propius itaque adhuc hi codicilli ad naturam primaeuam codicillorum reſpiciunt, quam illi, qui extra praeſentiam heredis ſine ſcriptis coram quinque teſtibus fiunt, vbi ne quidem cum herede loqui videmur, cum ſermones miſceamus coram cum praeſentibus, non abſentibus. Accedit, quod ipſe Imperator *in §. vlt. l. de fideicomm. hered.* ſe ipſum ad Auguſtum, primum codicillorum approbatorem, referat, et hac noua diſpoſitione hunc principem ſuperare contendat; id quod ideo feciſſe videtur, quod, cum Auguſtus tantum *codicillos ſcriptos* et in eis data fideicommiſſa absque teſtium interuentu approbauerit, ita ad huius exemplum Iuſtinianus etiam *codicillos nuncupatiuos* ad heredem praeſentem directos absque teſtibus valere voluerit. Vtut enim codicilli nuncupatiui ante Iuſtinianum iam cogniti erant, tamen ex lege Conſtantii certo modo teſtium numerum requirebaet, et hoc intuitu Iuſtinianus noui quid hac diſpoſitione introducebat, ab Auguſti lege diuerſum. Denique Imperator ipſe adiungit, perinde eſſe debere, ſiue quinque teſtes adfuerint vel pauciores vel nemo, et praeterea differentiam ſuperaddit, cur in his codicillis nulli teſtes requirantur, ſicuti in aliis, quia ſcilicet in aliis teſtium praeſentia etiam ad probandum eſt neceſſaria, quali probatione hic non eſt opus, cum heres ipſemet veritatem dicere compellatur, *cit. l. vlt. verſ. Cum enim res*, quae omnia clare euincunt, Imperatorem ſemper ſuppoſuiſſe, talem diſpoſitionem ad codicillos vtique referendam eſſe. Haec ſi Dd. qui de *genere actionis* litigant, accurate perpendiſſent, facile omnem ſuperaſſent difficultatem, cum, quae ex codicillis dentur actiones, expediti iuris ſit.

§. V. Quibus poſitis intellectus *cit. l. vlt.* quae alias magna difficultate laborare creditur, SICHARD. *in C. in pr.* *ad* *Fundamentum l. vlt. §. f. C. de fideic. eruitur.*

ad cit. l. SANDE *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 18. FVSAR. *conſ.* 83. *n.* 34. *in f.* ſatis planus et perſpicuus redditur. Deſudant inprimis interpretes in genuino fundamento huius diſpoſitionis, in quo adeo variant, vt Dn. HARPRECHT *cit. tr. de remed. l. vlt. C. de fideic. c.* 2. §. 7. *ſeqq.* quindecim diverſas opiniones recenſeat et examinet, quibus difficultatibus haec vna aſſignanda eſt ratio, quod plane haeſitauerint, quorſum haec diſpoſitio referenda eſſet, praeſertim cum etiam plurimi vix accuratum de codicillis ſibi conceptum formauerint. Alii quippe fundamentum *ex promiſſione heredis*, alii *ex mendacio et negatione heredis*, alii *ex ſola praeſentia* heredis, alii aliunde deduxerunt. Scilicet ex euicto conceptu huius diſpoſitionis euidens eſt, fundamentum horum codicillorum absque teſtibus validorum in eo vnice quaerendum eſſe, quod defunctus coram cum herede locutus ſit, et ita fidem eius elegerit, vel vt Dn. HARPRECHT *cit. tr. c.* 4. §. 10. *ſeqq.* loquitur, quod in praeſentia heredis voluntatem ſuam declarauerit: id enim vt plurimum ita fieri ſolet, vt verba ipſa ad heredem dirigantur vel *explicite* vel *implicite*, h. e. ita et ea intentione a teſtatore proponantur, vt ab herede audiri poſſint. Et hoc tum ipſe conceptus codicillorum tum contextus *cit. l. vlt.* ſatis docent, dum loco praeſentiae teſtium praeſentiam heredis Iuſtinianus ſufficere credidit, quod et indicant variae formulae in *cit. l.* adhibitae, veluti: *dum ipſe ſibi iudex et teſtis inueniatur*, item, *quod heres dicere compellatur veritatem, adeoque nullus locus amplius teſtibus relinquatur*, porro: *quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta*. Quin ipſe Imperator in §. *vlt. I. de fideicomm. hered.* adhuc clarius mentem ſuam declarat, dum oſtendit, quid heres in caſu negationis iurare debeat, ſcilicet, *quod nihil tale a teſtatore audiuerit*. Quod itaque primario iuramento adſeri debet, hoc

Digitized by Google

hoc eſt fundamentum actionis et ſic fundamentum ipſius diſpoſitionis, ex qua agitur. conf. Dn. STRYK. *de caut. teſtam. c.* 21. *n.* 1. §. 39. *ſeqq.* et quos congeſſit Dn. HARPRECHT *cit. l. c.* 11.

Non praeciſe requiritur, vt teſtator ſermonem dirigat ad heredem.

§. VI. Sic itaque *praeſentia heredis* omnem ſupplet defectum teſtium, ſiue *ſpeciatim* ad hoc a teſtatore euocatus ſit, ſiue *ſponte* adfuerit. An autem praeciſe requiratur, vt diſponens ſermonem ſuum dirigat ad eum, quem fideicommiſſo vel legato grauare voluit, itidem diſquiritur? Sane codicillorum natura primaeua ita videtur fuiſſe comparata, vt teſtator per codicillos loqueretur cum herede, vti §. 4. dictum eſt. Verum ſicuti in *Cap. praeced.* §. 13. dictum eſt, poſtea etiam introductum eſſe, vt etiam codicilli ad perſonam honoratam dirigi poſſint: ita in codicillis nuncupatiuis idem admittendum eſſe arbitror, quia ſic *per indirectum* cum ipſo herede ſermonem miſcuiſſe videtur, quod etiam ſuo calculo approbat Dn. HARPRECHT *cit. l.* §. 16. Porro vtut Imperator tantum principaliter ſupponat caſum, quo teſtator nuncupatiue voluntatem ſuam heredi declarauerit, tamen et tunc quoque codicillos ſcriptos ſine teſtibus ſubſiſtere autumo, quando illos *praeſenti heredi* tradit, et ſimul eidem iniungit, vt voluntati ſuae in *codicillis traditis* manifeſtatae ſatisfaciat. Hoc ipſo enim, quo ſe refert ad codicillos traditos, in effectu iuris ſuam ei voluntatem declaraſſe videtur. BARDILI *de teſtam. nuncupat. th.* 25. *et* 28. BARTOLVS *ad l. vlt. C. de fideicomm. num.* 5. Dn. RIVINVS *in enunc. iur. tit.* 18. *enunc.* 6.

Valent bico- dicilli abſque teſtibus.

§. VII. Hac ratione concinnati codicilli valent, licet vel maxime nullus teſtis interuenerit, vti clare decidit Imperator in *cit. l. vlt.* et §. *vlt. I. de fideicomm. hered.* quod et hodie adhuc in praxi obtinere Dd. vnanimiter fatentur. Vid. Dn. STRYK. *de cautel. teſtament. cap.* 21. *memb.* 1.

 §. 38.

Digitized by Google

§. 38. *et de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert.* 7. *cap.* 4. §. 34. Dn. HARPRECHT. *cit. tractat. cap.* 1. §. 1. *n.* 11. *et ſeqq.* Quodſi itaque heres illud non neget, ſed defectum teſtium alleget, nihilominus ſoluere legatum vel fideicommiſſum adſtringitur. Si vero heres negauerit, tale quid a teſtatore ſe audiuiſſe, tunc legatarius vel fideicommiſſarius ei deferre poteſt iuramentum, praeſtito prius iuramento calumniae, id quod ſi praeſtare recuſauerit, ſoluere omnino cogendus eſt, quia aliter de veritate conſtare nequit. *An iuramentum ſit neceſſarium, ſi praeter heredem duo vel tres adfuerint teſtes?* Vnde disquirunt, an hoc iuramentum neceſſarium ſit, ſi praeter heredem duo vel plures teſtes ſimul praeſentes fuerint, ex quorum depoſitione iurata ſatis conſtare poſſit, quid defunctus ad heredem dixerit? Sane ſi ex regulis ordinariis iuris res foret aeſtimanda, ordinarie ad iuramentum alias non recurrendum, quoties copia teſtium ſuppetit. Aſt enim vero cum totam validitatem huius fideicommiſſi Imperator in eo collocet, quod teſtator *heredis fidem* elegerit, ita vt ipſemet veritatem dicere compellatur, non aliud medium probandi quam iuramentum ſupereſt, quod ſatis clare ipſe Imperator his expreſſit verbis: *Sed ſiue quinque ſint teſtes ſiue minores vel nemo, cauſam per illius ſacramentum vel dandum, vel recuſandum, ſuam habere tam firmitatem, quam exactionem.* Deinceps hanc quoque ſubiungit rationem diuerſitatis, ne alias videantur codicilli ex teſtium depoſitione valere, qui tamen demum ex confeſſione heredum valere debent. vid. PHILIPPI *in vſu pract. Inſt. lib.* 2. *tit.* 23. §. *vlt. ecloga* 103. *n.* 5.

Codicilli Principi oblati valent absque teſtibus. §. VIII. Cum vero ſaepius teſtamenta abſque teſtium numero ordinario ſubſiſtere poſſint, hinc etiam non dubium, quin etiam in eiusmodi caſibus codicilli abſque teſtibus valeant. Huc pertinet, ſi codicilli Principi oblati fuerint. Superfluum enim dicitur eſſe priuatum teſti-

moni-

monium, cum publica monumenta ſufficiant, *l.* 31. *C. de donat.* Equidem ex *l.* 19. *C. de teſtament.* vrgeri in contrarium poſſet, ad minimum duos teſtes eſſe neceſſarios, cum diſerte Imperator ibidem aſſerat: *Nec inſtitutus heres* (vel legatarius in codicillis nominatus) *pertimeſcat, cum oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus poſſit approbare, ſi ei alia nocere non poſſunt.* Hic ergo oblatio teſtamenti idoneis teſtibus probanda dicitur, cum in hac potiſſima vis teſtamenti ſimul conſiſtat; et inde copiam duorum teſtium deſiderat BARTOLVS *ad cit. l.* Verum hanc non eſſe mentem Imperatoris facile conſtat, cum tantum verba illa caſum ponant, vbi dubium eſſe poteſt, *an preces ſecundum voluntatem defuncti fuerint oblatae.* At vero huiusmodi dubium tunc demum naſci poteſt, ſi non ipſe defunctus, ſed alius nomine eius preces obtulit principi. Exinde forſan heres pertimeſcere poſſet, ſi ei dubium moueretur; atque hoc in caſu recte ſecundum voluntatem defuncti preces fuiſſe oblatas, vtique teſtibus probandum eſt. vid. TABOR. *de teſtam. princ. obl. c.* 2. *n.* 15. nam et vcluntates vltimas per procuratorem principi offerri poſſe, egregie euicit Dn. STRYK. *de cautel. teſtam. c.* 8. Vnde plerique etiam nullum teſtium numerum requirunt, Dn. STRYK. *cit. tr. c.* 7. §. 16. MEV. *ad ius Lubec. P.* 2. *art.* 2. *tit.* 1. *n.* 72. CARPZ. *P.* 3. *c.* 3. *def.* 11. FACHIN. *lib.* 16. *contr.* 86. BRVNNEM. *ad cit. l.* 19. Vel etiam poſſet dubium incidere, annon codicilli demum poſt mortem teſtatoris eſſent principi oblati, quo caſu valere non poſſent, Dn. STRYK. *de caut. teſtam. c.* 7. §. 15. ideoque hoc caſu ex accidenti opus eſſet teſtibus, ad demonſtrandam oblationem codicillorum viuente adhuc teſtatore, et quidem ſecundum eius voluntatem eſſe factam

Digitized by Google

Iudicialiter facti codicilli valent absque teſtibus.

§. IX. Idem nunc obſeruandum eſt, ſi codicilli *iudicialiter* apud acta fiant, ſiue in ſcriptis ſiue nuncupatiue fiant, nam tunc valent ob ſolam *autoritatem iudicialem* nulli ſteſtibus adhibitis. CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *def.* 32. *n.* 4. *et def.* 35. *n. vlt.* Quod enim in teſtamentis iuris eſt, illud multo magis ad codicillos applicari poteſt, quippe qui ordinaria ſolennia teſtamentorum ne quidem deſiderant. Quodſi itaque teſtator ſcribere poteſt, ſufficiet, ſi vel ipſe codicillos ſcribat, vel ſubſcribat, et ita iudici offerat. Ceterum ſi ſcribere nequeat, ordinarie quidem exigunt, vt tam teſtamentum quam codicilli a iudice teſtatori praelegantur, CARPZ. *P.* 2. *deciſ.* 149. Dn. STRYK. *de cautel. teſtam. cap.* 7. §. 31. quod etiam late probauit Dn. Praeſes *diſſert. de teſtam. non praelecto*, quo caſu itidem teſtes non ſunt neceſſarii; verum ſi quis forſan iuſtas habeat rationes, propter quas praelectionem in iudicio faciendam perhorreſcat, tunc ad minimum intra priuatos parietes, coram duobus teſtibus talis praelectio facienda eſt, eadem ratione, prout in fine *cap. anteced.* dictum eſt. Sic enim de voluntatis certitudine nullum amplius ſupereſt dubium, propter quam vnice iudicialis praelectio requiritur. Vt vero haec oblatio iudici adhibitis duobus teſtibus fiat, id quod exigit ANTONIVS FABER *in C. lib.* 6. *lit.* 5. *def.* 26. minus neceſſarium eſt, cum acta iudicialia omnem defectum teſtium ſuppleant, et praeterea leges hoc nullibi exigant. vid. MYNSINGER *cent.* 6. *obſeru.* 29. *num.* 5.

Codicilli militares absque teſtibus valent.

§. X. Porro codicillos *militum* in expeditione conſtitutorum absque teſtibus valere nullum habet dubium, cum etiam teſtamenta eorum absque omnibus teſtibus valeant, modo de voluntate conſtet. Equidem adhuc dubitari poſſet, an inter codicillos et teſtamentum militare realis differentia oſtendi poſſit, cum alias heredis inſtitutio haec duo

inter

Digitized by Google

inter ſe diſtinguat, plures autem reperiantur, qui heredis inſtitutionem in teſtamentis militaribus minus neceſſariam eſſe velint, eo quod inſtitutio haec ex iure ciuili ſit, qualia quae ſunt militibus remiſſa videntur *pr. I. de milit. teſtam.* et ſola tantummodo voluntas militis pro teſtamento habenda eſt *l.* 34. §. 2. *ff. de teſtam. milit.* IOH. PHILIPPI *in obſeruat. ad nouiſſ. deciſ. elect. Sax. deciſ. obſ.* 46. *n.* 1. DONELLVS *lib.* 6. *comment. I. ciuil. c.* 11. FINCKELTHAVS *obſ.* 14. *qu.* 1. vbi in ſpecie diſquirit de teſtamento tempore peſtis condito, et late probat heredis inſtitutionem ibidem non eſſe neceſſariam, quae tamen argumenta etiam ad teſtamentum militare quadrant, quin quod *n.* 9. ipſe argumentum exinde deducat, et militis teſtamentum heredis inſtitutionem non requirere doceat. Quae ſi vera ſunt, Domitiana quaeſtio eſt, an teſtes in codicillis militaribus ſint neceſſarii, quia plane ita nulla eſſet differentia ſtatuenda. Verum recte contrarium ſtatuit Dn. HARPRECHT *de teſtam. pag. in hoſtic. confect. th.* 75. *n.* 9. cum ſolennia quidem militibus remiſſa ſint, neutiquam vero eſſentialia. Et aliud eſt, an ſolennis heredis inſtitutio neceſſaria ſit; quod negatur. Et aliud, an non aliqua declaratio heredis requiratur, vt diſpoſitio poſſit dici teſtamentum. Nam teſtamentum per hoc dicitur teſtamentum, quod heredis futuri declarationem contineat. Ceterum ſi ſchedulam quandam miles in expeditione reliquerit, absque deſignatione heredis, magis pro codicillis militaribus habenda erit.

Teſtamentum militis heredis inſtitutionem requirit.

§. XI. Vtut vero de iure Romano certum ſit, in teſtamento militari nullos requiri teſtes, ſiue in conflictu, ſiue in caſtris conditum fuerit, ſed ſufficere, ſi qualicunque ſcriptura voluntas defuncti probetur, *l.* 24. *pr. l.* 40. *pr. ff. de teſtam. milit. l.* 15. *C. eod.* RICHTER. *deciſ.* 38. *n.* 7.

Ne quidem teſtes requiruntur, ſi codicilli in caſtris fiant.

Dn.

Digitized by Google

Dn. STRYK. *de caut. teſt. c.* 9. §. 13. vt adeoque recipi non poſſit ſententia *Collegii iur. Arg. tit. de milit. teſtam.* exiſtimantis, ad minimum duos teſtes eſſe neceſſarios, tamen in *ordin. Maximil. de anno* 1512. *rubr. Von Teſtamenten.* §. *Vnd ſollen*, hoc tantum reſtrictum eſt ad milites in conflictu exiſtentes, ceteris, qui in caſtris poſiti ſunt, neceſſitas impoſita eſt, ad minimum adhibendi duos teſtes, per verba: *Oder von Rittern, die zu Felde und im Streit wären, da wird ſolche Anzahl der Zeugen nachgelaſſen, bis auf zween.* CARPZ. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 26. Hinc quaeſtio exſurgit: an haec diſtinctio etiam ad codicillos pertineat, ita vt miles in caſtris per codicillos diſponens ad minimum duos teſtes adhibere debeat? Quod affirmandum eſſe videtur ex hiſce rationibus, α) quod Maximilianus in *eodem* §. etiam de codicillis diſponat, et ſic quoque vtrumque caſum ſub noua diſpoſitione complecti voluiſſe videatur; β) quod hic quoque eadem ratio adeſſe videatur, cum etiam hic ceſſet praeſens periculum, et quod facillime in caſtris duo teſtes reperiri queant, CARPZ. *cit. l. n.* 8. γ) quod alias plerumque argumentum a teſtamentis ad codicillos valeat. Verum quemadmodum expeditum eſt, de iure communi nec in teſtamento nec in Codicillis militum in expeditione conſtitutorum teſtes requiri, ſed per *dict. Receſſ.* in teſtamentis militaribus noui quid conſtitutum eſſe: ita tam diu in diſpoſitione iuris Romani ſubſiſtendum eſſe cenſeo, donec etiam in codicillis haec correctio doceatur. Haec vero nec ex *cit. R.* colligitur, quippe qui tantum de teſtamentis militum loquitur, et codicillos a teſtamento clare diſtinguit, nec ratione ſolennium valet argumentum a teſtamentis ad codicillos, cum vtraque diſpoſitio propria ſua requiſita habeat, nec ordinarie idem numerus teſtium in codicillis neceſſarius ſit, qui in teſtamentis requiritur. Suppono autem, clare conſtare de voluntate codicillos ſcribentis, ex ſcriptura ipſa; nam alioquin ad-

Digitized by Google

ad eam probandam aliquando ex accidenti teſtes erunt neceſſarii. Et quidem tales codicilli militares per ſe ſubſiſtunt, nec ex teſtamento antecedente vires ſuas ſortiuntur, adeoque illo vel maxime concurrente (forſan quod extra expeditionem conditum fuerit, et defectu quodam laboret) tamen codicilli militares ſubſiſtunt, *l.* 8. §. 4. *ff. de iure codicill.*

Vel ſi paganus in hoſtico codicillos fecerit.

§. XII. In codicillis a pagano in hoſtico confectis itidem omnia ſolennia remiſſa ſunt, neque teſtium numerus deſideratur. Vtut enim *in l. f. ff. de teſtam. milit.* et *in l. vn. ff. de B. P. ex teſtam. milit.* tantum mentio teſtamentorum fieri videatur, tamen ad codicillos diſpoſitio iuris omnino quoque pertinebit. Vnde ſi paganus in hoſtico conſtitutus tantum legata relinqueret, nullum ſcribendo heredem; diſpoſitionem talem per modum codicillorum valere ait Dn. HARPRECHT *de teſtam. pagan. in hoſtic. confect. th.* 57. *n.* 12. Ceterum vt tales codicilli absque omnibus ſubſiſtant teſtibus, neceſſarium eſt, (1) vt paganus, quicunque demum fuerit, modo alias teſtamenti factionem habeat, fuerit in hoſtico tempore eo, quo codicillos ſcribit, conſtitutus h. e. vel in ipſo conflictu vel in procinctu ad confligendum cum hoſte, neque enimiis, qui in caſtris verſantur, idem priuilegium conceſſum eſt: CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *def.* 14. (2) vt etiam in hoſtico deceſſerit. Quodſi enim periculum praeſens euadat, iam ſatis commodam ſolenne teſtamentum condendi occaſionem habet. Ad dubia, quae hic moueri poſſent, reſpondet Dn. HARPRECHT *cit. l. th.* 39. quo ipſo ſatis manifeſta deprehenditur differentia codicillorum militarium et paganorum, in hoſtico tamen confectorum.

Codicilli tempore peſtis conditi an teſtes requirant?

§. XIII. Ceterum grauior quaeſtio eſt, an codicilli tempore peſtis ſcripti teſtes deſiderent? Hoc ſatis expeditum eſt, teſtamenta tempore peſtis condita de conſuetudine Germaniae coram duobus teſtibus confecta ſubſiſtere, vtut in iure ciuili de ſeptenario teſtium numero nihil remiſſum ſit. MYNS. *cent.* 5. *obſ.* 96. GAIL. 2. *obſ.* 118. *n.* 18. Dn. STRYK. *de caut. teſtam. c.* 11. §. 3. Cum itaque vel duo teſtes hodie in teſtamentis tempore peſtis conditis ſufficiant, pauciores autem teſtes ordinarie in codicillis quam in teſtamentis requirantur, dicendum videtur, in eiusmodi codicillis nullos teſtes eſſe neceſſarios. Verum ab hac ſententia communiter Dd. recedunt, atque in codicillis hiſce quoque duos teſtes neceſſarios eſſe ſtatuunt CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *def.* 3. *et* 13. BERLICH. *P.* 4. *concl.* 2. *n.* 14. *ſeqq.* HAHN. ad Weſenb. *tit. de m. c. donat. n.* 6. tum quod codicilli quoque ſub generali denominatione teſtamentorum veniant, CARPZ. *cit. l. n.* 3. tum etiam quod hic inter codicillos et teſtamenta perpetua proportio non habeat locum. Verum Carpzouius non ſatis hac in re ſibi conſtat. Exiſtimat duos teſtes de iure gentium ad omnem vltimam voluntatem pertinere, nec de hoc numero quid remitti poſſe, cum ad probationem hi teſtes ſpectent, conf. CARPZ. *cit. l. def.* 13. *et lib.* 6. *reſp.* 13. *n.* 10. 11. quo poſito teſtes non ſunt neceſſarii, quando ſcilicet nulla probatione per teſtes opus eſt, quippe quae alias ex ſcriptura haberi poteſt. Et tamen deinceps in fine *def.* 3. *cit.* ſubiungit, ſe concedere, patrem inter liberos peſtis tempore ſola ſcriptura absque teſtibus codicillos condere poſſe, quo ipſo ſane rurſus reuocat, quod antea dixerat, ſcil. teſtes de iure Gentium in diſpoſitionibus vltimis requiri. Si enim per ſe requirerentur; nec in patris teſtamento abeſſe poſſent, in quo, quae iuris Gentium ſunt, haud remiſſa

ſunt.

Digitized by Google

ſunt. Itaque praedictae rationes non ſtringunt, ſed aut nulli teſtes erunt neceſſarii, aut ſi ſunt neceſſarii, alia ſunt ſubſtituenda fundamenta. Haec vero cum deficiant, in priori ſubſiſtendum eſt ratione, quod, vbi conſtet de voluntate codicillantis, teſtes non neceſſarii ſint.

§. XIV. Quando porro pater diſponit inter liberos per codicillos, nullos tunc teſtes eſſe neceſſarios, concedunt Dd. cum nec in teſtamento huiusmodi neceſſarii ſint. CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *def.* 3. *n.* 10. et *def.* 17. nec in diuiſione paterna, *l. ſ. C. fam. hercisc.* ſed ſufficiat, ſi de voluntate patris conſtet. CARPZ. *cit. l. def.* 22. Hoc tamen tantum intelligendum de caſu, ſi inter ſolos liberos pater diſpoſuit. Quodſi enim extraneae perſonae in huiusmodi codicillis quid eſſet relictum, teſtium copia quoad ſubſiſtentiam legati vel fideicommiſſi extraneo relicti deſideratur in *Nou.* 107. *c.* 1. et cum numerus teſtium in iure non determinatus ſit verbis expreſſis, vel duos ſufficere exiſtimant CARPZ. *cit. l. def.* 20. RICHTER *deciſ.* 29. *n.* 88. et hoc quidem arg. *l.* 12. *ff. de teſtibus.* Verum haec ſententia dubia vel inde eſt, quod hic teſtes non ad ſolam probationem, ſed potius ad ſolennitatem a legibus requiſitam requirantur, et quod potius pro ſubſtrata materia teſtium numerus determinandus ſit. Scilicet reſpectu extranei codicilli ſua ordinaria requiſita habere debent, et ſic potius quinque requiruntur, ſi antea teſtamento confirmati haud fuerint. Dn. STRYK. *de caut. teſtam. c.* 10. *et* 24.

Quando pater per codicillos diſponit inter liberos, teſtes non requiruntur.

§. XV. Denique codicillos, quibus piis cauſis prouiſum eſt, teſtes nullos requirere, conſtanter aſſerimus. Licet enim non deſint, qui nullum legatum piis cauſis relictum abſque duobus teſtibus ſubſiſtere ſtatuant, quod Pon-

Codicilli in fauorem piarum cauſarum facti teſtes non requirunt.

Pontifex in *c.* 11. X. *de Teſtam.* duorum vel trium teſtium mentionem faciat: FACHIN. *lib.* 4. *contr. c.* 3. FINCKELTHAVS *obſ.* 78. *qu.* 2. CARPZ. *P.* 3. *C.* 4. *Def.* 33. *n.* 8. GOSWIN AB ESBACH *ad Carpz. cit. l. n.* 8. tamen pluribus iam contrarium oſtenſum eſt a Dn. STRYKIO *de caut. teſt. c.* 12. §. 6. cum non poſſit oſtendi, pontificem ſub praeciſa neceſſitate, duorum vel trium teſtium praeſentiam requiſiuiſſe, ſed tantum ad nudam certitudinem voluntatis ſeu *probationem*, quae ſuperuacua eſt, quoties alias de voluntate teſtatoris conſtat. Hoc ipſum ſatis indicat ratio ſubiecta in *cit. text.* dum pontifex prouocat ad vulgatum illud iuris diuini: *in ore duorum aut trium teſtium omnis veritas conſiſtet*, quod aſſertum ad ſolam *probationem* reſpicit. Plura ſuperaddere deſiſto, qui ſolum caſus referre ſtudui, quibus codicilli abſque teſtibus ſubſiſtere poſſunt, id quod ea, qua fieri potuit breuitate et perſpicuitate, me executum eſſe confido. DEO interim ſit laus et gloria.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXIX.

AD LIB. XXX. PAND.

DE

DIFFERENTIA LEGATORVM PVRORVM ET NON PVRORVM PRAECIPVE INTVITV QVARTAE LEGIS FALCIDIAE.

ARGVMENTVM.

I. Legatorum definitio et indoles. II. Diuiſio in pura et non pura. III. Morte teſtatoris confirmanda ſunt. IV. Inde pendet eorum acquiſitio, V. et transmiſſio in heredes. VI. Tempus acquiſitionis varium. 1) *Iure antiquo legatum cedit a morte teſtatoris. VII. inprimis in legato per vindicationem. VIII. et XI.* 2) *Poſt legem Papiam cedit ex apertis tabulis vel ab adita hereditate. IX Idque adhuc tempore Pauli et Vlpiani. X. Inde legata caduca. XII. Aueranii ſententia excutitur. XIII.* 3) *Iure Iuſtinianeo ius antiquum reductum. XIV. Ius accreſcendi in legatis. XV. Conditionata cedunt a tempore exiſtentis conditionis. XVI. Ius antiquum circa legata caduca, iure nouo ſublatum XVII. Legati puri dies cedit a morte teſtatoris. XVIII. De fructibus et vſuris legati puri. XIX. Quando dies legati annui cedat? XX. De fructibus legati in diem relicti. XXI. De fructibus legati condititionati. XXII. De petitione legati puri et non puri. XXIII. Legis Falcidiae ratio in legatis. XXIV. Eius fauor heredes reſpicit. XXV. In computatione quartae falcidiae hereditas ex tempore mortis aeſti-*

Digitized by Google

manda eſt. XXVI. *Pretium rerum ex veritate aeſtimandum eſt.* XXVII. *Legata, futura etiam et incerta, aeſtimanda.* XXVIII. *Aes alienum antea deducendum.* XXIX. *In Quartam imputatur, quae heres iure hereditario percipit.* XXX. *Fructus quartae ex die mortis debentur heredi.* XXXI - XXXIII. *Quomodo quarta a legatis in diem detrahatur?* XXXIV. *Ex legatis conditionatis fructus percepti in quartam imputantur.* XXXV. *Species ex* L. 88. §. 2. ad Leg. Falcid. *proponitur.* XXXVI. *Computatio quartae, quomodo iudicialiter ineunda?* XXXVII. *Cui noceat interitus rei ſub conditione vel in diem legatae?* XXXVIII. *Deſiderium de quarta falcidia abolenda.*

PRAEFATIO.

Neminem fugit, vix vllam in iure noſtro obuiam materiam frequentiorem, et altercationi forenſi magis illa obnoxiam eſſe, quae de *teſtamentis* horumque varia diſpoſitione agit, cum in hiſce tot tantaque rerum momenta obſeruanda veniant, quae in aliis iuris obiectis rarius offenduntur. Vt enim non tangam *eſſentialia* et formalia circa teſtamenti confectionem adhibenda, quae licet in legibus exacte determinata videantur, non tamen impediunt, quo minus quotidianae lites adhuc dum de his ſerantur, quarum praxis innumera ponit monumenta: ad *legata* me duntaxat conuerto, quae pro diuerſitate temporum diuerſa acceperunt iura, et inprimis per *legem Falcidiam*, infinitis ſubiecta fuerunt litigiis, praeſertim ſi *modum computandi legata* et *hereditatem* ante oculos pono. Cum enim hanc per legem quarta heredibus inſtitutis ſalua eſſe debeat, adeo vt ſi hereditas legatis fere exhauſta, nec quarta heredibus illaeſa relicta, tantum hi de

de legatis et fideicommiſſis particularibus detrahere poſſint, quantum ſufficit ad *ſupplementum quartae;* ingentes ſaepe concertationes de modo computandi quartam emergunt, cuius determinatio ex ipſis fontibus ante omnia eruenda eſt. Cum enim legata ſint vel *pura*, nulli reſtrictioni obnoxia, vel *in diem certum*, aut *ſub conditione relicta*, quae quandam habent reſtrictionem ex *tempore* vel *conditione*, differentia non vna ſeſe inter ea exſerit, inprimis circa modum computandi quartam, quam in praeſenti diſſertationis argumento paulo exactius excutere animus eſt, quod vt eo rectius fiat, ante omnia varia legatorum fata penitius euoluam, quorum diuerſa ratio ſaepe in explicandis et ſuperandis his differentiis et inde ortis difficultatibus circa modum computandi quartam ex lege Falcidia debitam obſeruanda; deinde in rem praeſentem veniam, et inprimis modum computandi legata *in diem* vel *ſub conditione* relicta diuerſum, ſecundum veram indolem et intentionem legis Falcidiae, ea qua poteſt fieri breuitate, ex ipſis legibus declarabo, atque ad genuina principia reuocabo.

§. I.

Legatorum diefinitio eorumdemque declaratio.

In omni ſicut opere fundamentum prius exſtruendum, ſic quoque idem in formanda definitione vſui loquendi conueniente ponendum exiſtimo. Intuitu antiquioris aeui, quod neceſſario a recentiori diſtinguendum, *legatum* ex *mente Romanorum* definiendum eſſe duco, quod ſit *aſſignatio gratuita rei ſingularis, a defuncto in vltima voluntate, verbis conceptis, alicui facta, ab herede praeſtanda.* Quia ordinarie *res ſingularis*, vel quam teſtator pro tali habuit, heredi alicui praeſtanda iniungebatur, inde ab obiecto ſuo ordinario, *titulus ſingularis* erat, et abhere-

Digitized by Google

hereditate, quae *titulum vniuerſalem* conſtituebat, differebat. Inde eleganter in *l.* 116. *pr. de legat.* I. a FLORENTINO dicitur *delibatio hereditatis, qua teſtator ex eo, quod vniuerſum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Heres videlicet *vniuerſitatem rerum et iurium* capit, et ex ea ſecundum voluntatem defuncti aliquid alicui praeſtat, vnde *vniuerſitas* admodum minuitur. Vt vero eo rectius conſtaret, titulo legati quid alicui relictum eſſe, *verba concepta* ſeu *directa* excogitarunt, quibus haec relinquenda erant, hiſce vnice propria, ſicuti etiam inſtitutio heredis olim *verbis conceptis* facienda erat. Cum vero hodie in plurimis tam a modo legandi olim vſitato, quam a qualitate ipſa rei legatae recedamus, poſtquam, *verbis directis* ſublatis, fideicommiſſa legatis exaequata ſunt, convenientius magis ſtatui hodierno mihi videtur, ſi legatum conſideramus tanquam *donationem quandam rei ſingularis, vel quam pro tali habuit teſtator, ab eo in vltima voluntate factam, a quolibet bonis honorato praeſtandam.* Hoc ſenſu etiam dicitur in *l.* 36. *de leg.* 2. paulo generaiius: *legatum eſt donatio teſtamento relicta.* Quia enim aeque vt donatio eſt titulus ſingularis, et ex mera liberalitate proficiſcitur, hinc *donatio quaedam* vocata fuit in *pr. I. de legat.* Verborum *directorum* non amplius facio mentionem, nec deſidero, vt ab *herede* more antiquo praeſtetur, quia legata latiorem ambitum acceperunt, poſtquam *fideicommiſſis particularibus* exaequata ſunt. Quamuis itaque hodie ſeu *iure nouo* teſtator praeſtationem legati cuiusdam et aliis perſonis, e. g. legatario, et in genere omnibus, quibus ſub vel ſine modo aliquid reliquit, iniungere queat, *l.* 47. *de leg.* I. *l.* I. *cod.* 3. *et l.* 37. §. 3. *ibid.* huiusmodi legatum tamen, cum *detractioni quartae* non ſubiaceat, quod non heredi, ſed aliis iniunctum eſt, non adeo tangam, quia in hoc argumento mihi cum illis praecipue legatis

legatis res eſt, quae ab *herede* praeſtanda ſunt, et detractioni quartae ex lege Falcidia ſubiacent, non item illa legata, quae legatariis et fideicommiſſariis iniuncta ſunt. Vnde recte arguo, ad praeſens thema praecipue pertinere *legata a defuncto relicta ab herede praeſtanda.* Horum natura in genere ex attributis ſibi vel propriis, vel cum aliis donationum et vltimarum voluntatum ſpeciebus communibus, optime agnoſcitur. Illis procul dubio accenſentur, quod (I) ſolummodo per modum vltimae voluntatis, non actus cuiusdam inter viuos relinquantur. SCHILTER. *in exerc. theoret. pract. exerc.* 39. §. 4. Vnde, (II) quoniam teſtator voluntatem ſuam vltimam ipſe exſequi nequit, qui hancce impleat, et ſub nomine *heredis* hic inprimis venit, neceſſario conſtituendum eſſe patet, ne illo deficiente, legatarii forſan propria auctoritate, rem ſibi legatam occuparent, quod leges admittere noluerunt: *leg.* 1. §. 2. *quod legat.* MARAN. *paratit. pag.* 553. qui metus in *donatione mortis cauſa* olim ceſſauit, qua defunctus tradendo rem donatam, ſtatim voluntatem ſuam implebat. Naturae porro (III) legatorum conuenit, illorum obiectum rem tantum *ſingularem*, non vero *vniuerſitatem rerum* vel *iurium* eſſe, quae titulo hereditatis hodie magis conueniunt, quamuis olim, vbi praeciſe ex *verbis directis*, legatis propriis, omnia aeſtimanda erant, adhuc *legata* dicerentur, ſi *pars hereditatis* verbis legati eſſet relicta, quod legatum vocabatur *partiarium*, quia tali caſu teſtator, vt *formula* legatis propria declarabat, partem *vniuerſitatis* pro re *particulari* habuiſſe, vel ſub hoc reſpectu, agnouiſſe credebatur, quod effectus indigitant. STRYCK. *in vſ. mod. ad tit. de hered. inſt.* §. 1. Hiſce de attributis legatorum propriis praemiſſis, iam adfinia etiam eorum paucis veniunt conſideranda, quo praecipue ſpectant *donationes* et *fideicommiſſa vniuerſalia*, non particularia,

 ſublatis

ſublatis inter verba directa et obliqua differentiis, in totum hodie legatis exaequata. Sicuti enim in donationibus res *particulares* vt plurimum in alium gratis transferuntur, ita idem quoque de legatis dicendum, niſi quod illae ad ſui validitatem olim expreſſam requiſiuerint donantis traditionem, vel ad minimum hodie de donando voluntatis declarationem et donatarii *acceptationem*, in his vero praeſumta et ficta tantum ſufficiat. MARAN. *paratit. tit.* 1. 2. *et* 3. *legat. pag.* 552. Cum fideicommiſſis autem vniuerſalibus hoc legatis eſt commune, quod itidem per modum vltimae voluntatis conſtituantur, et ab herede inſtituto, detracta quarta, fideicommiſſario vniuerſali vel tota, vel pars quaedam hereditatis reſtituatur, vt diſtinctio tamen *n. III.* allata obſeruetur.

Diuiſiones legatorum in pura et non pura, nec non abſolute talia et ſecundum quid.

§. II. Conſtitutio legatorum, cum in mera *voluntate teſtatoris* rationem habeat, eius etiam fuit, *modum* praeſtandi legata circumſcribere, eorundemque vel *tempus* vel *conditionem*, vel aliam reſtrictionem determinare. Inde factum, vt legata dicantur vel *pura* vel *non pura.* Puris *abſolute talibus* annumerabantur, quae abſque vlla *limitatione* vel *reſtrictione* relicta, atque ab omni die, *conditione* ſimili reſtrictione libera erant, ideo *pura* dicta, quod *pura* ſint vel ab omni limitatione, ſicuti *purus a ſordibus*, vel HORATIO *lib.* 1. *Ode* 22. *ſceleris purus* dicitur, cui nullae ſordes vel ſcelera adherent, atque haec poſt mortem teſtatoris ſtatim effectum ſortiebantur, indeque *abſolute talia* nominari ſolebant. His opponuntur legata *non pura*, quorum praeſtatio reſtricta et limitata erat, per adiectionem *diei*, *conditionis*, et *modi* ſpeciatim ſic dicti, atque hoc ſenſu non pura *abſolute* dicebantur, quibus opponuntur *non pura ſecundum quid*, quae certo tantum reſpectu etiam *puris* annumerantur, qualia ſunt *legata ex certo die relicta*, quia cum puris in eo conueniunt; quod etiam a *tempore mortis* hodie

Digitized by Google

hodie acquirantur. Dicuntur tamen etiam *non pura*, quod reſtrictionem ex *die adiecto* habeant, nec in omnibus cum legatis *puris abſolute talibus* conueniant. Vnde a puris adhuc ab VLPIANO ſeparatim exprimuntur *tit. XXII. fragm.* §. 31. ibi: *quod pure vel in diem certum relicta ſunt.* Etenim non ſimpliciter *pura* dici, quae *in diem certum* legata ſunt, liquet ex *l.* 45. *pr. ad leg. Falcid.* ibique ſimul ratio diuerſitatis adhuc ex *computatione quartae*, ex lege Falcidia debitae, monſtratur, his verbis: *In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem* (certum) *relictum, medii enim temporis commodum computatur.* Addidi *certi*, quia de eo ICtus neceſſario intelligendus eſt, vt infra pluribus declarabitur. Nomine vero *diei certi* iſte demum inſignitur, qui certo exſtiturus obligationem et acquiſitionem in incertum non differt, nec conditionem facit. *l.* 21. *pr. quand. dies legat. ced.* AVERAN. *interpret. iur. lib.* 2. *cap.* 16. §. 1. *et* 16. Vnde quamuis ſolutionem et exactionem ad tempus certum differat, obligationem tamen non ſuſpendit, quae ſtatim naſcitur, et *praeſens* eſt. §. 2. *Inſt. de V. O. l.* 46. *ff. ibid. l.* 213. *de V. S. l.* 21. *ff. quand. dies leg. ced.* quo intuitu ſaepius ſub nomine legati *puri* et *praeſentis* venit, certo ſcilicet reſpectu. *l.* 79. *de condit. l.* 1. *cod.* Vnde et, praeter alios cum legatis *puris* communes effectus, hoc quoque gaudet, vt legatarius ſtatim ius in rem legatam acquirat, illudque agnoſcere queat, de quo infra pluribus agam. Vid. interim AVERAN. *cit. loc.* §. 22. *et* 24. Secus ſe res habet in legatis ad *diem incertum* relictis, de quo non conſtat, vtrum viuente legatario exſtiturus ſit, qui tam *ſolutionem* differt, quam *obligationem* et *acquiſitionem* ſuſpendit, cum non ſolum diem, ſed et conditionem in ſe continet. *l.* 21. *pr. qu. dies legat. ced. et l.* 75. *de cond. et demonſtr.* Duplici quidem modo dies *incertus* conſiderari valet: aut enim incertum eſt, vtrum dies ille vnquam ſit

Digitized by Google

exſtiturus, aut eum exſtiturum certum quidem eſt, ſed nondum conſtat, quonam tempore, et vtrum *viuente* adhuc *legatario* exſtiturus ſit? vterque vero, cum ab euentu incerto dependeat, maiori non pollet vi, ac reliqua legata *conditionata*, quae ante conditionis exiſtentiam non adeo producunt effectus, ſed iſtos demum hac mediante conſequuntur, ſolis exceptis illis, quae ad ſecuritatem huius legati ſpectant. Dantur quidem legata etiam *ad certum tempus* relicta, quae hic praetereo, cum de horum computatione primario agendi animus non ſit, ſed mihi pro ratione ſcopi mei eos circumſcripſi cancellos, quos egredi ambitus diſputationis non patitur.

Effectus varii legatorum morte confirmatorum.

§. III. Legata vero in genere, ſiue *pura* ſiue *non pura*, *ante mortem teſtatoris* nullo modo perficiebantur, nullumque ſortiebantur vnquam effectum, ob voluntatem teſtatoris ad extremum vsque vitae halitum ambulatoriam, eidemque adnexam poteſtatem, quocunque tempore legata adimendi et in alios transferendi, qua facultate poſt mortem demum deſtituitur. Hac ſubſecuta, vltima voluntas confirmata ac conualidata erat, et ſic quoque legata morte ſic roborata varios accipiebant effectus, et quidem quatuor potiſſimum. Etenim intuitu legatorum primus effectus conſiſtebat in *acquiſitione*, quae diuerſa erat pro ratione diuerſitatis ipſorum legatorum, et legatariorum beneplacito; quia agnoſcendum fuit legatum, nec inuito acquirebatur. Huius effectus eſt *transmiſſio legati in heredes*, quem ſecundo loco pono, etiamſi ante agnitionem legati deceſſerit legatarius. Ad tertium ſpectat *ius accreſcendi*; perfectis enim morte legatis perficiebantur etiam iura cum iis connexa. Quartus demum eſt *petitio* poſt *agnitionem* legati, cum iura hucusque adducta legatariis eorumue heredibus ſeu collegatariis acquiſita, inefficacia ac inutilia permanerent, niſi cum efficacia exigi ſuo tempore

Digitized by Google

pore poſſent, quia heres ad ea ſoluenda obligatur, ex quaſi contractu aditionis. §. 5. *Inſt. quae quaſi ex contr. naſc.* Interim tempora *acquiſitionis* et *petitionis* ſeu *exactionis* ſaepe differunt, vt infra videbimus. Intuitu heredis tamen ſaepe hunc quoque producunt effectum ex diſpoſitione legis Falcidiae, vt quandoque minui poſſint in eius commodum; vnde factum, vt de aeſtimatione hereditatis, et computandis legatis quaeſtiones et controuerſiae emerſerint.

Primus effectus acquiſitionis per formulam ceſſionis diei deſignatus.

§. IV. *Acquiſitio* legati deſignatur per formulam *ceſſionis diei*, adeoque quando *acquiritur* legatum, *dies legati cedere* dicitur. Duo vero in ſe continet haec formula: 1) *tempus*, quo acquiritur, et 2) *modum*, mediante quo acquiſitio fit. Prius deſignatur per titulum Digeſt. *quand. dies legat. vel fideicomm. cedat*, in cuius *l.* 5. *pr.* ICtus ait: *Si vero poſt diem ſint legata relicta, aeque vt in puris dies cedit*, h. e. eodem tempore acquiritur. Additur: *niſi forte id legatum fuit, quod ad heredem non tranſit, nam huius dies non ante cedit*, h. e. hoc legatum veluti *vſusfructus* poſt annum relicti, non ante annum acquiritur. Quando plura ſunt legata, quae diuerſo tempore acquiruntur, *non ſemel eorum dies cedere* dicitur, *ſed per ſingulos annos*, *l.* 213. *de V. S. l.* 12. *pr. quand. dies legat.* ſeu per ſingulos annos *eius fiunt*, vt dicitur in *l.* 64. *de furt.* Poſterius, ſeu *modus acquirendi* legatum, quo legatarii fit, eleganter traditur in *cit. l.* 64. *in fin.* verbis ſequentibus: *Ea, quae legantur, recta via, ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata ſunt, transeunt*, h. e. non facto heredis demum eius fiunt per *traditionem*, ſed *ipſo iure* dominium legati a defuncto in heredem tranſit; quo circa ſi dies legati ceſſit, adeo iam illud debetur, vt, quamuis dies nondum venerit, ſolui tamen poſſit, *quia certum eſt debitum iri*, vt dicitur in *l.* 1. §. 1. *de cond. et demonſtr.* adeo vt, ſi per

 errorem

Digitized by Google

errorem facta ſolutio, condictio indebiti locum non habeat. *l.* 10. *D. de condict. indeb.*

Secundus effectus, tranſmiſſio legati ad heredes.

§. V. Alter effectus eſt, qui ex ipſa *acquiſitione* fluit, *tranſmiſſio ſcilicet in heredes*, adeo vt, ſi poſt diem cedentem deceſſerit legatarius, heredes eius legatum petere poſſint. Ait ICtus in *l.* 5. *pr. quand. dies leg.: Si poſt diem legati cedentem legatarius deceſſerit, ad heredem ſuum transfert legatum.* Pariter VLPIAN. *in fragment. tit.* 24. §. 30. *Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, niſi iam die legatorum cedente, legatarius deceſſerit.* Et quia dies legatorum cedit, ſeu legatum legatarii fit, ipſo iure, *ex ipſius legis diſpoſitione*, inde eſt, quod etiam *ignoranti* legatario acquiratur ad effectum *tranſmiſſionis*, *l.* 6. *C. quand. dies leg.* h. e. etiamſi legatarius nondum agnouerit legatum, vel propter ignorantiam agnoſcere non potuerit, quod etiam confirmat PAPINIANVS *in l.* 77. §. 3. *de leg.* 2.

Tempus ceſſionis legatorum ſecundum tres Epochas, quarum prima explanatur.

§. VI. Euicta generaliter diei ceſſione et tranſmiſſione legatorum, ſpecialius in *tempus*, quo iſte in legatis *puris* vel in *diem certum* relictis cedebat, inquirendum, quod hae duae legatorum ſpecies in hoc effectu conuenerint. *l.* 7. §. 1. *D. quand. dies legat.* VLPIANVS *in fragm. tit.* 24. §. 31. Conſtat vero, ius *diuerſum* pro diuerſitate temporum fuiſſe, adeoque *tres Epochas* hic conſtituendas eſſe. Nam aliud tempore antiquo ante *legem Papiam Poppaeam:* aliud *poſt illam:* denique aliud IVSTINIANI aeuo obtinuit. Iure antiquiſſimo, dies legatorum *pure* vel in *diem certum* relictorum cedebat a tempore *mortis* teſtatoris, et non demum ab *adita hereditate*. VLPIANVS *in fragment. cit. loc.* expreſſe ſequentibus hoc teſtatur verbis: *Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta ſunt, dies cedit antiquo iure ex tempore mortis teſtatoris.* Idem etiam ex *regula Catoniana* liquet, cuius diſpoſitio ad antiquas ſpectat

leges,

Digitized by Google

leges. vlt. de reg. Caton. GELL. *lib.* 13. *cap.* 18. et hanc ob rem ad ea tantum pertinet, quae a *morte teſtatoris* cedunt: ad *nouas leges*, i. e. *Papias* non ſpectat. SCHVLTING. *in not. ad* VLP. *tit.* 24. §. 31. *not.* 75. Reſtrinxit vero hoc CAIVS ad *legatum vindicationis* per formulas: *do, lego, illam rem tibi praeſume, habe, vindica,* additque: *quod poſt mortem teſtatoris ſtatim legatarius non exſpectato herede ſibi praeſumit,* hoc eſt, vt legatarius olim neceſſe non habuerit, e manu heredis rem legatam percipere: ſed ab omni poſſeſſore potuerit vindicare, vel etiam heres eius, ſi forſan legatarius mox poſt mortem defuncti deceſſerit, quod iam transmiſſum eſſet. Denique idem agnoſcit IVSTINIANVS in *l. vn.* §. 1. *Cod. de cad. toll.* conſtituens, *ſe antiquum ſtatum legatorum reuocaſſe*, vt a *tempore mortis* cederet legatorum purorum vel in diem relictorum dies ad effectum transmiſſionis, quam etiam agnoſcit ICtus in *leg.* 26. *pr. de vſ. et vſufr. legat.*

§. VII. Quemadmodum tempora, quibus legata cedebant, ſic quoque legata ipſa apud Rom. diuerſae erant naturae, quae ex *formulis* in illis adhibendis haurienda. *Illuſtratur exemplo legati per vindicationem.* Quatuor videlicet generibus olim conſtabant, quod paucis hic praemittendum, vt eo rectius de mente CAII in §. *praecedenti* adducti liqueat. Primum eorum per *vindicationem* relictum optimum reliquorum quoad hunc punctum ius fuiſſe ferunt, quod legatario ſine traditione acquireretur, *per leg. fin. de Publ. in rem actione.* MARAN. *Paratit. lib.* 30. 31. 32. *tit.* 1. 2. 3. *in med.* VLPIAN. *tit.* 19. §. 17. Qua ratione etiam legatarius poſt mortem teſtatoris ſtatim non exſpectato herede legatum *vindicationis* ſibi praeſumebat, nec pro praeſumto legato calumniam ab herede ſuſtinebat, h. e. nullam exceptionem heres legatario vindicanti opponere, et ſic impedire non poterat, quo minus iſte ſua manu caperet rem legatam. CAI. *Inſt. lib.* 2. *tit.* 5. §. 1. ibidemque SCHVLTING. *in annot. not.* 7. Ob inſignes iſtas

prae

Digitized by Google

prae aliis praerogatiuas etiam hanc olim eminuiſſe, quod ſcilicet dies legatorum per vindicationem relictorum, *morte* ſtatim *teſtatoris* ceſſerit, nemo in dubium vocabit, vt docet PAVL. *lib.* 3. *tit.* 6. §. 7. ibique CVIAC. *in not.* 14. Quod pari modo agnoſcit IVSTINIANVS *in leg. vn. Cod. de caduc. tollend.* vbi in *fin.* §. 1. ſic enunciat: *Primum in hoc corrigentes et antiquum ſtatum renouantes ſancimus, omnes habere licentiam a morte teſtatoris adire hereditatem, ſimilique modo legatorum vel fideicommiſſorum pure vel in diem* (certum) *relictorum diem a morte teſtatoris cedere.* Hoc itaque loco ſtatum medii aeui mutando *antiquum* renouat, et ceſſionem diei a *morte teſtatoris* diſerte aſſerit de legatis *puris* vel *in diem* certum relictis, vtpote quae hoc in caſu conueniunt, ac vnum eundemque ſortiuntur effectum, qui ipſe demum operabatur *transmiſſionem. l.* 5. *pr. quand. dies leg. ced. l.* 20. *eod. l.* 3. *Cod. ibid.* Inde fluxit deciſio caſus in *l.* 26. *de vſ. et vſufr. leg.* enarrati, vbi PAVLVS quaeſtionem proponit, vtrum fundus, cuius praeſtationem teſtator heredi poſt decennium, deducto vſufructu, iniunxerat, mortuo intra hoc temporis interuallum herede, plenarie ad legatarium tranſiret, quod ſcilicet dies legati iamiam ceſſerit; an vero heredis heres vſumfructum adhuc deducere poſſet? Idem de ceſſione diei propugnat quoque VLP. *tit.* 24. §. 30. hiſce verbis: *Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, niſi iam die legatorum cedente legatarius deceſſerit.* Videtur quidem POMPONIVS *in l.* 45. §. 1. *de leg.* 2. hoc in argumento legata *pura* a legatis in *diem relictis* ſeparaſſe, et diuerſum ius in his conſtituiſſe, aiendo: *Si ſub conditione vel ex certa die nobis legatum ſit, ante conditionem vel certum diem repudiare non poſſumus: nam* NEC PERTINET AD NOS, *antequam dies veniat vel conditio exiſtat.* Sed tantum videtur. Neque enim *legatum in diem* ita pertinet ad nos, vt *actu* et *exer-*

citio

Digitized by Google

citio de eo diſponere poſſimus, *repudiatio* autem legati eſt de eo *diſpoſitio*, *l.* 1. §. 11. *quod legat.* adeoque ei non nocet *praematura repudiatio.* E contrario dies huiusmodi legati *ſtatim* cedit quoad effectum *transmiſſionis*, et hoc reſpectu ad *legatarium pertinet.* Hoc innuit PAVLVS in *l.* 21. *pr. quand. dies leg. ced. Si dies legato appoſita non eſt, praeſens debetur, aut confeſtim* AD EVM PERTINET, *cui datum eſt: adiecta, quamuis longa ſit, ſi certa eſt, veluti Calendis Ianuariis centeſimis, dies quidem ſtatim cedit, ſed ante diem peti non poteſt. Aſt ſi incerta, niſi tempus conditione obtigit, neque* RES PERTINERE *neque dies legati cedere poteſt.* Vnde liquet, PAVLO ſynonyma eſſe *cedere legati diem* et legatum certo modo *ad legatarium pertinere.*

§. VIII. Pergo ad alteram epocham, qua ius antiquum per *legem Papiam et Poppaeam* ſub AVGVSTO potiſſimum mutatum, aliusque terminus *ceſſionis diei* legatis praeſcriptus eſt. Nimirum legatorum *per vindicationem* dies hac lege cedere incipit ab *apertis tabulis*, ceu innuit PAVL. *lib.* 3. *ſent.* §. 7. aitque: *per vindicationem legatum, etſi nondum conſtituerit legatarius ad ſe pertinere, atque ita poſt* APERTAS TABVLAS *ante aditam hereditatem deceſſerit, ad heredem ſuum transmittit.* Differentiam iuris *veteris a lege Papia Poppaea* agnoſcit VLPIANVS in fragment. *tit.* 24. §. 31. aiendo: *Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta ſunt, dies cedit, antiquo quidem iure, ex mortis teſtatoris tempore: per legem autem Papiam Poppaeam, ex* APERTIS TABVLIS *teſtamenti, eorum vero, qui ſub conditione ſunt relicta, cum conditio extiterit.* Hoc vero reſtringendum eſſe ad *primariam legatorum ſpeciem* per *vindicationem*, quae abſolute poſita etiam intelligitur in dubio, ſicut ex PAVLI verbis citatis liquet. In reliquis tribus generibus legatorum enim, h. e.

Altera epocha poſt legem Papiam.

per damnationem, *ſinendi modo*, et *per praeceptionem*, demum cedebat *dies ab adita hereditate*, cuius ratio inde petenda, quia in iſtis *actione* tantum *perſonali* in heredem ad ſoluendum legatum gaudebant, quae vero actio prius non naſcebatur, quam ſibi dari velle declarauerat legatarius, per *l.* 14. *ff. de vſ. et vſufr. legat.* et ſic legatum agnoverat. Peti igitur non poterat ante *agnitionem*, nec ad heredes transmitti. B. HEINECC. in *comm. ad. L. Pap. Popp. lib. III. cap.* 7. §. 4. Legatum e contrario *vindicationis* longe praeſtantiorem ſibi vindicat locum, cum legatarius ibi vel in rem vel in perſonam agere poſſit; in rem quidem, quia dominium erat in eum *ipſo iure* translatum; in perſonam autem, non vt heres daret, ſed vt praeſtaret et traderet legatum. §. 14. *Inſt. de act.* MARAN. *Paratit. pag.* 561. Quibus inſignibus adhuc accedit praerogatiuis, quod legatum per vindicationem relictum eximatur a ſententia PAVLI, *lib. ſent tit.* 6. §. 3. quae ſic audit: *Poſt diem legati cedentem, actio, quae inchoata non eſt, ad heredem non transmittitur etc.* non vero etiam reliquae tres legatorum ſpecies. In legato enim *damnationis* legatarius actione gaudet perſonali aduerſus heredem, quae vero ante *agnitionem* non naſcebatur, et hinc etiam tanquam non inchoata (vt textus loquitur) non transmittebatur. A legato *ſinendi modo* eo magis hoc eſt alienum, quo plura iſto facienda ab herede et legatario exiguntur, illo ſaltem vt ſineret, hoc vero vt ſumeret: hisce non obſeruatis, praeter ſolam ſpem, nec ius in re, nec ius ad rem naſcebatur. Haud abſimili modo res ſeſe habet in legato *praeceptionis*, quo ſoli legabatur coheredi, qui autem ante *aditionem* et ſic quoque *agnitionem* nemo erat. Haec omnia ſecus in legato *vindicationis*, quo ab eo momento, quo dies eius cedit, absque vlla agnitione legatario acquirebatur. Add. ſupra adduct. HEINECC. *ad leg. Iul. lib.* 3. *cap.* 7. §. 4.

§. IX.

Digitized by Google

§. IX. Inde vero palam eſt, tempore PAVLI et VLPIANI, ius hoc, per legem Papiam Poppaeam nouiter efformatum, adhuc obtinuiſſe, non vero abolitum fuiſſe. Equidem VLPIAN. *in l.* 5. §. 1. *quand. dies leg. ced.* aſſeruiſſe vulgo creditur, veterem de legatis doctrinam, Iuri hodierno conuenientem, abolita lege Papia, VLPIANO florente, reſuſcitatam fuiſſe, cuius tamen contrarium ipſe docet VLPIANVS prouocans ad vſum huius legis in *fragm. tit.* 24. §. 31. vbi ius antiquum a iure ſui temporis vel legis Papiae promulgatae diſtinguit. Conf. *l.* 31. *et* 104. *de cond. et demonſtr.* Primum ſe legem iſtam correxiſſe, et ius antiquum in vſum reuocaſſe, inquit IVSTINIANVS *in l. vn. Cod. de caduc. tollend.* etſi ibidem non neget, prudentes iamiam modos aliquos, quibus haec lex eluderetur, inueniſſe, quod ſequentibus indicat verbis: *Ipſis quoque olim prudentibus legem Papiam diſplicuiſſe, multasque ideo inuentas vias, ne caducum fieret*, inter quas primarium tenebant locum *ſubſtitutiones*. Aſſerendum igitur potius, ius Digeſtorum ab eiusdem compilatoribus ad ius nouum accommodatum fuiſſe, licet haec conſtitutio anno. 534. id eſt, ſequente poſt *confirmationem digeſtorum* anno, lata fuerit. Plures inde dubium intuitu temporis mouerunt, hoc tamen argumento facile euertendum, quod Imperator iam antea de conſtitutione *legi Papiae* contraria edenda, (quod *cit. l. vn. Cod. de caduc. toll.* factum) cogitauerit, huncque in finem pleraque legis caducariae principia vel potius veterum fragmenta iisdem attemperata immutauerit, et ius antiquum vbique fere reſtaurauerit. Vid. B. HEINECC. *lib.* 2. *cap.* 2. §. 2. et *lib.* 3. *cap.* 2. §. 4. nec non *lib.* 3. *cap.* 6. §. 5. Ex hisce itaque ſatis manifeſtum, quod diſpoſitio *leg.* 5. initio *hui.* §. allata menti iuris noui conueniat, magnopere vero ab antiquiori i. e. tempote *legis Papiae* recedat.

Hoc ius adhuc obtinuit tempore Pauli et Vlpiani.

Digitized by Google

Bona vacantia et caduca quae ſint.

§. X. Hoc itaque caſu exſiſtente, vt tabulis non apertis vel quandoque adita nondum hereditate legatarius diem obiret ſupremum bona, ipſi nomine legati relicta, *vacantia* vt et *caduca* dicebantur, qualia diuerſimode fieri poſſunt. Sub hac enim denominatione in genere veniebant bona eorum, qui ſine herede decedebant, nec minus et ipſa caduca *vacantia* appellat TACITVS *in annal. lib.* 3. *cap.* 28. vbi cuſtodes i. e. delatores ideo praemiis lege Papia inductos ait, vt, ſi a priuilegiis parentum ceſſaretur, velut Parens omnium populus *vacantia* teneret. Nihilominus tamen etiam olim diſtinguebant inter bona *vacantia* et *caduca:* illa vocabantur, ſi heres vel legatarius poſt *apertas tabulas*, ſed ante aditam hereditatem, vel agnitum legatum in tribus poſterioribus legatorum ſpeciebus, §. *VIII.* deſignatis, deceſſerit: haec vero cum ante tabulas apertas animam exhalaſſet; in eo autem conueniebant, quod huiusmodi bona ad *fiſcum* deuoluerentur, ex tenore *leg. Iul. viceſimae* ante legem Papiam iam latae, per quam viceſima legatorum et hereditatum extraneis relictarum, fiſco inferenda erat. B. HEINECC. *ad leg. Iul. lib.* 3. *cap.* 2. §. 2.

Quaedam legata cedebant a tempore apertarum tabularum: quaedam a tempore aditae hereditatis.

§. XI. Hinc non mirandum, quod ob diuerſitatem legatorum in praeced. traditorum, interdum temporis *apertarum tabularum*, quandoque vero *aditae hereditatis* fiat mentio, cum duo haec capita omne olim punctum in *acquiſitione* et *transmiſſione* legatorum tulerint. In ceſſione enim diei vel adquiſitione legati per *vindicationem* ad effectum transmiſſionis, ceu ſupra dictum, in legatis *puris* vel *in diem certum relictis* terminus *apertarum tabularum* ponitur; conf. VLP. *tit.* 24. §. 31. *de legat.* in quo legata etiam pura et in diem certum relicta diſtinguuntur a legatis *conditionatis*, quorum dies cedebat a tempore conditionis exiſtentis. VLP. *cit. loc.* Multo minus hereditas ante apertas

tas tabulas acquirebatur, quae ab herede adeunda eſt, vt ipſe innuit Imperator in *l. un.* §. 1. *et* 5. *Cod. de cad. toll.* alioquin haud transmittebatur, differentia tamen habita inter *neceſſarium* et *voluntarium* heredem. Hanc obſeruat *l.* 3. §. 4. *D. de hered. inſtit.* aiens: *Apertarum tabularum dilatio neceſſarii heredis ius non mutat, quippe qui clauſis etiam tabulis heres potuit exiſtere*, vt dicitur in *l.* 3. *Cod. de iur. delib.* ſeu *ipſo iure* ſtatim a tempore mortis heres erat: *voluntario* herede ante *apertas tabulas* mortuo diuerſum ius obtinebat. VLPIAN. *in fragm. tit.* 17. §. 1. *l.* 104. *de cond. et demonſtr. l.* 44. *de donat. m. c. l.* 42. *de hered. inſtit.* Conf. B. HEINECC. *p.* 577. Non pertinebat vero lex Papia ad ea teſtamenta, quae *vnum* tantum *ex aſſe* ſcriptum *heredem* habebant, qui etiam clauſis adhuc tabulis adire poterat, vt colligitur ex VLPIANI *fragment. tit.* 17. §. 1. *et l.* 1. §. 4. *D. de iur. et fact. ignor.* quia lex Papia tantum *ius adcreſcendi* inter plures reſpiciebat, et non capientis pars *caduca* fiebat, VLPIANO teſte *in fragm. tit.* 24. §. 12. adeoque eo caſu quoque legatorum dies cedebat a tempore mortis, vt declarat B HEINECC. *cit. loc.*

Aueranii diſtinctio inter obligationis et dominii acquiſitionem reprobatur.

§. XII. Hiſce, quae diximus modo, non obſeruatis, errauit AVERAN. in *Interpret. iur. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 22. qui, vt intuitu acquiſitionis legatorum in concordiam iura diuerſa reuocaret, diſtinguit inter *obligationem* legati, qua heres legatario obſtringitur, et *dominium* ipſum rei legatae. Obligationem iſtam a tempore *mortis* ſtatim legatario acquiri, hancque ſententiam per *l.* 5. §. 1. *quand. dies leg. ced.* corroborari cenſet, huius tenoris: *itaque ſi purum legatum eſt, ex die mortis dies eius cedit.* Dominium vero rei legatae a die *aditae hereditatis* ad legatarium tranſire, per varios textus ibi allegatos, in quibus *aditae hereditatis* fit mentio, probare annititur, huncque in finem ad diuerſas prouocat leges. Etenim 1) non obſeruauit, verba VLPIA-

NO tributa eius non eſſe, ſed *interpolatorum*. Vid. WISSENB. *emblem. Trib. ad dict. leg.* 5. §. 1. *ff. quand. dies leg. ced.* cum verba VLPIANI olim ſine dubio haec fuerint: *Legatorum dies autem cedit per legem Papiam Poppaeam, ex apertis tabulis teſtamenti etc.* Conf. VLP. *in fragm. tit.* 24. *de legat.* §. 31. Neminem enim non fugit, collectores Digeſtorum iura antiqua ad ſtatum Iuſtinianei temporis reducendi et corrigendi poteſtatem habuiſſe, eandemque etiam ſaepius exercuiſſe, quibus adſentitur SCHVLTING. *in Orat. prima*, qua disquirit, *culpandusne ſit* TRIBONIANVS, *quod ICtorum quorundam ſcripta ſuppreſſerit etc.* 2) Haud obſeruauit, in pluribus textibus ius antiquum retentum et incorruptum relictum fuiſſe, id quod in textibus ab ipſo prolatis deprehendere licet. Etenim α) in *l.* 44. §. 1. *de legat.* 1. haec ratio traditur: *quia, vbi legatarius non repudiauit, retro ipſius fuiſſe videtur, ex quo* HEREDITAS ADITA *eſt.* Nullam hic mortis teſtatoris, vel per eandem ad legatarium tranſeuntis dominii, mentionem iniicit lex, quin potius legatario non repudianti terminum acquiſitionis legati ab *adita hereditate* ponit, ſecundum tradita in §. *VIII.* Eodem modo β) res ſe habet cum *l.* 69. *princ. eod.* vbi ICtus ait: *Seruo legato legari poſſe receptum eſt, quod adita hereditate ſtatim ſeruus adquiritur legatario, deinde ſequetur legatum.* Nec haec iuri antiquo contraria eſt ſententia, cum dies ſerui et legati ab adita etiam iure nouo cedat hereditate. Tenoris eiusdem γ) eſt *l.* 86. §. 2. *eod.* qua pari modo ita diſſeritur: *Si non repulerit legatum, ex die aditae hereditatis eius intelligetur.* Huius legis diſpoſitioni conformis eſt δ) *l.* 80. *de legat.* 2. quemadmodum ε) cum eadem conſentit *l.* 64. *de furt.* hisce verbis: *quia ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata ſunt, transeunt.* Omnes hi allegati textus in eo conueniunt, quod referant ius vetus

poſt

Digitized by Google

poſt *legem Papiam* obtinens, ex quo dies, prout in §. *VIII.* euictum, ab *adita* cedebat *hereditate.* Nihil ad rem facit formula a legibus adhibita, quod *dies legati cedat*, quippe quae non ad ſolam pertinet *obligationem*, ſed quamcunque indicat *iuris acquiſitionem.*

Acquiſitio et transmiſſio legati ſecundum ius nouiſſimum recedens a lege Pap. Popp. quod tertiam epocham conſtituit.

§. XIII. Hoc obſeruandum propter ius nouiſſimum a IVSTINIANO *in l. vn. §. 1. Cod. de cad toll.* conſtitutum, quo correxit ius *legis Papiae Poppaeae* atque ius antiquum fere reduxit, quod *tertiam epocham* conſtituit. Aperte hoc indicant verba §. 1. *Primum hoc corrigentes et* ANTIQVVM STATVM *renouantes, ſancimus, legatorum vel fideicommiſſorum,* PVRE *vel in* DIEM CERTVM *relictorum diem, a morte teſtatoris cedere.* Idem firmatur in §. 5. *cit. loc.* nec minus in §. 6. et inde ſimul liquet, inanem diſtinctionem eſſe AVERANII, certumque eſſe, acquiſitionem legati, quoad *dominium* in re propria legata ſtatim a die mortis ipſo iure fieri. Corroboratur haec regula per exceptionem in dicta §. 6. de *libertate* et *vſufructu* legato, quippe quae iure etiam hodierno, ab *adita* cedunt *hereditate*, cum ex ſua natura ad heredes transmitti nequeant. In legatis itaque *puris* et *in diem certum* relictis, mortuo legatario ante aditam hereditatem, transmiſſioni iure nouo locus eſt, per *cit. leg. Cod. de cad. toll.* vt heres legatarii etiam legatum petere poſſit, tam actione *perſonali* ex teſtamento, quae ex obligatione heredis, hereditatem adeuntis fluit, ad legatum exſoluendum SCHILTER. *exerc. theor. pract. exerc.* 39. §. 8. quam *reali*, ex acquiſito ipſo iure dominii aliusue iuris realis, quod poſt mortem teſtatoris ſtatim ad legatarium eiusue heredem tranſit, vnde in huius quoque eſt poteſtate, vel rei vindicatione, vel actione hypothecaria contra heredem agendi, modo res propria et talis, in quam cadere poteſt dominium vel aliud ius in re, legata fuerit. SCHILTER. *cit. loc.* §. 9. Haec tamen acquiſitio obli-

obligationis atque dominii tantum *prouiſionaliter* et *euentualiter* ſit, quia euentum reſpicit *adeundae hereditatis* futurum et incertum, nec non ipſam a legatario neceſſario faciendam agnitionem legati praeſupponit, qua demum facta, actiones ipſi competentes contra heredem cum effectu inſtituere poteſt, *l.* 1. *et* 2. *Cod. comm. de legat.* hinc hereditate non adita, vel legato repudiato, vtriusque iuris acquiſitio inanis eſt, omnique caret effectu, quod *l. vn. Cod.* §. 5. egregie hisce confirmat verbis: *Hereditatem etenim, niſi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur.*

Ius accreſcendi ex iure nouo ampliatum.

§. XIV. Alius a priori diuerſus nouiſſimi huius iuris effectus inde reſultat, quod ſublato iure caducorum inter collegatarios ius accreſcendi ampliatum ſit, vno alteroue ex his deficiente; illud vero impediatur poſt acquiſitionem iuris in legatum. Poſtquam enim dies ipſo iure in legatis puris vel in diem certum relictis, ad effectum *transmiſſionis* ad heredes, ceſſit, non amplius deficere poteſt legati pars, ob ius legatario iamiam quaeſitum, licet collegatarius ante aditam deceſſerit hereditatem. *l.* 80. *ff. de leg. et l.* 5. *quand. dies leg. ced.* vbi: *Si poſt diem legati cedentem, legatarius deceſſerit, ad heredem ſuum transfert legatum. Itaque ſi purum legatum eſt, ex die mortis dies eius cedit.* Ceterum ea, quae diximus, de vere coniunctis legatariis tantum intelligenda: hac enim *vera coniunctione* deficiente, nunquam collegatario accreſcit, ſed heredi ſemper cedit. BACHOV. *in not. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 3. *lit. a.* CARPZ. *Def. part.* 3. *conſt.* 2. *def.* 18. *n.* 5. *et* 6. Pariter quoque, prout dictum, antiqua diſtinctio inter diuerſa legatorum genera ſublata eſt in §. 2. *Inſt. de leg.* et *l.* 1. *Cod. comm. de leg.* vbi Imperator ait: *Subtilitatis diuerſorum generum legatorum poſteritas optimis rationibus vſa nec facile ſuſcepit, nec inextricabiles circuitus laudauit.* Vnde etiam

Digitized by Google

etiam diſtinctio antiqua inter *apertarum tabularum tempus*, et *aditae hereditatis*, in dictis legatorum generibus antiquitus adhiberi ſolita, nullum hodie amplius ſibi vindicat vſum, cum vnice tempus *mortis* hodie in acquiſitione legatorum attendatur, atque ita ius nouiſſimum etiam in hoc a iure antiquiſſimo receſſerit. *l.* 8. *de leg.* 2. CARPZ. *part.* 2. *conſt.* 28. *def.* 8. *n.* 2.

Diem legatorum ſub conditione relictorum a tempore exiſtentis conditionis cedere oſtenditur.

§. XV. Longe diuerſa eſt ratio legatorum ſub *conditione* relictorum, quorum dies etiam iure nouo cedit a die impletae conditionis per *leg.* 5. §. 2. *qu. dies leg. ced.* vbi: *Si ſub conditione ſit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta.* Idem etiam aſſerit VLPIAN. *in fragm. tit.* 24. §. 31. cum ait: *Legatorum vero, quae ſub conditione relicta ſunt, dies cedit, cum conditio exſtiterit.* Omnis enim conditio euentum futurum incertum reſpicit, ideoque ante huius exiſtentiam quoque legatum non debetur, quod egregie confirmat *l.* 41. *ff. de cond. et demonſtr. Legata ſub conditione relicta, non ſtatim, ſed cum conditio exſtiterit, deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt.* Quod enim ſub conditione pendet, ex fundamento ſupra iamiam tradito, dubium et adhuc incertum eſt, vtrum viuente legatario exſtiturum ſit nec ne? Proinde, cum nec dies cedat, nec veniat, ante euentum conditionis, acquiſitio quoque vel maxime incerta, *per l.* 13. *quand. dies leg. ced.* et res legata interim heredis eſt. *l.* 12. §. 5. *de vſufr.* Inde ſequitur, vt, quia viuenti legatario nondum acquiſita, ad heredes transmitti nequeat. Conf. *l. vn. Cod. de cad. toll.* Quemadmodum vero in quacunque diſpoſitione teſtatoris, pro ratione attenditur voluntas, *l.* 3. *ff. de hered. inſtituend.* et *l.* 25. *de cond. et demonſtr.* ita quoque eiusdem praecipue ratio habenda in legatis, quibus dies vel conditio adiecta, *l. vn.* §. 3. *Cod. de cad. toll.* et in his inprimis eſt attendendum, in

Digitized by Google

cuius *fauorem* dies vel conditio fuerit adiecta, de quo infra §. 20. *et* 21. fuſius agetur.

Ius caducorum antiquum penitus ſublatum.

§. XVI. Praeterea vero *ius antiquum caducorum* penitus ſublatum eſt cum ſubtiliſſimis diſtinctionibus, quae olim circa illud obtinuere. Vt vero de huius iuris mutatione eo rectius conſtet, paucis iura legis *Papiae Poppaeae* enarrabo. Videlicet poſt legem latam Papiam ante legem IVSTINIANI *de caduc. toll.* legata *vindicationis*, quae teſtatores legatariis ſtatim acquiri volebant, teſte SCHVLTING. *in not. ad Paul. lib.* 3. *tit.* 6. *not.* 14. a tempore *apertarum tabularum*, ſi pure ſc. vel in diem certum erant relicta, demum cedebant. HEINECC. *ad l. Iul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 6. §. 2. Etenim α) ſi ante mortem teſtatoris et conditum teſtamentum legatarius decedebat, id *pro non ſcripto* habebatur, *cap.* 29. *l. Iul.* vbi: *Quae ab initio deficiebant, vel in quibus poſtea mutauerit voluntatem, ea pro non ſcriptis habentor etc.* et perinde reputabatur, ac ſi teſtamento inſertum non eſſet, et ſic apud heredem manebat. Vid. *l.* 1. *de his quae pro non ſcript.* Si β) poſt conditum teſtamentum, viuo teſtatore decedebat, legatum caducum erat, quod innuit *cit. lex Pap. Popp. cap.* 30. hisce verbis: *Si viuo teſtatore poſt teſtamentum conditum heres legatariusue decedat, conditioue deficiat, relictum in cauſa caduci eſto, et quaſi caducum populo defertor.* CVIAC. *lib.* 4. *obſerv. cap.* 17. Ex lege Papia Poppaea enim ius legata caduca capiendi obtinuit, quae aerario populi delata ſunt, VLPIAN. *in fragm. tit.* 28. §. 7. *et* TACIT. *lib.* 3. *Annal. cap.* 28. cum e contrario huiusmodi legata tam iure antiquo, quam nouo, apud heredem manerent. GOTHOFRED. *annot. ad dict. cap.* 29. *l. Iul.* nec non *l. vn.* §. 2. *et* 3. *Cod. de cad. toll.* Eodem quoque modo γ) legatum caducum fiſco cedebat, legatario poſt mortem teſtatoris, *ante apertas tabulas*, animam exhalante, ſicut cauet *l. Iul. cit. cap.* 30. *Item ſi heres*

Digitized by Google

heres pro parte legatariusue, quibus pure vel in diem certum hereditas legatumue relictum erit, poſt mortem teſtatoris ante apertas teſtamenti tabulas decedat, hereditatis pars ea, legatumue caduca ſunto, populoque deferuntor. Huius caducitatis ratio inde petenda, quod dies legatorum *pure* vel *in diem certum* relictorum demum *ab apertis tabulis* cederet, et hanc ob rem etiam transmiſſioni ad heredes locus non eſſet, ſed ideo fiſco cederet, vt B. HEINECC. *cit. loc. cap.* 6. §. 2. declarat. Aliter res ſeſe habuit δ), cum legatarius poſt *apertas* demum *tabulas* diem obiit ſupremum: his enim apertis, hereditas ſtatim poterat adiri, et ſemel adita transmittebatur ad heredes, multoque magis legatum, cuius dies ab apertis cedebat tabulis, ſtatim ad effectum transmiſſionis acquirebatur, quemadmodum aſſerit ſaepe laudatus HEINECC. *dict. loc.* vt adeo nunquam heredis factum eſſe intelligeretur, ſed recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſiret, per *l.* 80. *de leg.* 2. Ea, quae hactenus expoſuimus, locum etiam obtinebant ε) in reliquis generibus legatorum, ſi ante apertas tabulas et aditam hereditatem legatarius moriebatur, quo in caſu ipſi relicta, *caduca* atque fiſco acquiſita, et rurſus nunquam heredis facta erant, cum dies illorum nondum ceſſerit, nec ipſa legata a legatariis agnoſci potuerint, quod tamen ad illorum acquiſitionem et transmiſſionem ad heredes omnino requirebatur. HEINECC. *lib.* 3. *cap.* 7. §. 4. Mortuo vero ζ) legatario, poſt *aditam hereditatem*, legatum iſti iam, vt ad heredes transmitteret, acquiſitum erat, quia dies eiusdem ceſſerat. Vnde quoque legatum vnquam heredis factum fuiſſe aſſeri nequit, cum et huic ante aditionem nullum ius in hereditatem ſibi relictam obuenerit, quod eleganter confirmat *l.* 64. *ff. de furt. ea enim, quae legantur, recta via, ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt.* Singularis tamen occurrebat exceptio η) in

in ſeruo legato, cuius dies indiſtincte cedebat a *tempore aditae hereditatis, non vero mortis teſtatoris*, ex ſingulari ratione, nec a IVSTINIANO ſublata, quod *libertas* a die mortis cedere non poſſet, poſtquam in cuiuslibet heredis libero arbitrio eſſet, vtrum vellet hereditatem adire, an potius repudiare, et inde in caſum non aditae hereditatis, ſeruus ex teſtamento a tempore mortis liber factus denuo in ſeruitutem trahendus, et conceſſa ipſi libertate priuandus eſſet, id quod egregie confirmat *l. vn. Cod. de cad. toll.* §. 6. hisce verbis: *Libertatibus procul dubio poſt praeſentem ſanctionem, propter ſui naturam, quae aditionem heredis expectant, ab adita hereditate, vna cum aliis, quae ſeruis in teſtamento manumiſſis, vel aliis legatis relicta ſunt, competentibus.* Status proinde ſerui dubius ac in ſuſpenſo erat, adeoque demum ex die aditae hereditatis libertas ipſi conceſſa: illa vero non adita, vel repudiata, ea, quae in fauorem eius ſcripta erant, pro non ſcriptis intelligebantur, *l.* 86. §. 2. *de leg.* I. vbi: *Cum ſeruus legatur, et ipſius ſerui ſtatus, et omnium, quae perſonam eius attingunt, in ſuſpenſo eſt; nam ſi legatarius repulerit a ſe legatum, nunquam eius fuiſſe videbitur, ſi non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur.* Quicquid ergo ſeruus antea acquiſiuerat, hoc heredis et hereditati acquiſitum erat: quicquid poſtea, legatario obveniebat, quod idem *cit. lex.* ſic teſtatur: *Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem ſeruus acceperit, aut ſtipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, ſtatuetur, vt vel heredis, vel legatarii ſeruus ſingula geſſiſſe exiſtimetur.* Vltimo demum loco 9) notandum, quod deficiente legatario, vel per mortem, vel alium caſum, ante *exiſtentem conditionem*, cuiuscunque etiam haec ſit qualitatis, res legata non legatario, ſed fiſco cederet. Vid. HEINECC. *ad leg. Iul. lib.* 3. *cap.*

cap. 6. §. 4. ita differens: *Sin ſub conditione vel in diem incertum, qui pro conditione erat, aliquid relinqueretur, fiſcus illud occupat, tanquam caducum, modo heres legatariusue ante conditionis euentum, vel ante exiſtentem diem defeciſſet, quia antea dies huiusmodi legati non cedit*, quod idem et IVSTINIANVS praeclare confirmauit in *cit. l. vn. Cod. de cad. toll.* §. 7. Haec vero omnia hodie ceſſant, ſublato antiquo iure caducorum.

§. XVII. Hac inſigni mutatione *iure nouiſſimo* introducta, longe diuerſum ius hodie ab *intermedio*, imo etiam ab antiquiſſimo conſtituendum eſt, quod ad certas reuocabo regulas. Sit ergo prima regula haec: *Legati puri dies cedit ſtatim a tempore mortis*, cuiuscunque generis fuerit, poſtquam antiquiſſima legatorum genera, quoad hanc cauſam, penitus ſublata fuerunt, *cit. l. vn. C. de cad. toll.* §. 1. CARPZOV. *def. p.* 2. *conſt.* 28. *def.* 8. *n.* 2. *item p.* 3. *conſt.* 16. *def.* 3. *n.* 3. vt adeo legatario poſt fata teſtatoris demortuo, ad heredes legatum etiam non agnitum transmittat. *l. cit. Cod. de cad. toll.* §. 5. COLER. *part.* 1. *dec.* 68. *n.* 6. Quinimo ad heredes etiam tranſit, licet legatarius ignorans legati ſibi relicti animam exhalauerit. *l.* 77. §. 3. *ff. de leg.* 2. SCHVLT. *ad Piſtor. part.* 4. *qu.* 131. *n.* 251. WESENB. *conſ.* 89. *n.* 11. Primarius hic eſt effectus *acquiſitionis legatorum*, quemadmodum in anteced. praeſertim §. 5. iamiam euictum. ***Iure nouo cedit legati puri dies a tempore mortis.***

§. XVIII. Secunda regula eſt: *fructus, qui ſolo cohaerent, tempore mortis in legatis puris vel in diem certum relictis ad legatarium pertinent;* hi enim cum ſint acceſſiones rei principalis, et ipſam partem fundi conſtituant, per *l.* 42. *ff. de vſufr. legat.* ab eodem ſtatim debentur tempore, quo ipſa res principalis, ſecundum vulgatum illud: *acceſſorium ſequitur ſuum principale*, atque adeo per adducta a tempore mortis teſtatoris, quemadmodum ***Quod fructus ſolo cohaerentes tempore mortis, ad legatarium pertineant.***

dum res legata ipſa, cedunt; nec attendenda diſpoſitio *l.* 9. *ff. ad l. falcid.* quae in contrariam abire videtur ſententiam, cum haec non de fundo legato, ſed *hereditario* tantum loquatur. Reliqui fructus ſolo non cohaerentes, ante mortem vero teſtatoris percepti, heredi, non legatario obueniunt, ſicut aſſerit PAVL. *lib.* 3. *ſent. tit.* 6. §. 46. *Fructus, qui ſolo cohaerebant mortis teſtatoris tempore, ad legatarium pertinent, antea percepti ad heredem.* Quodſi heres in praeſtando legato ſingularem commiſerit moram, a tempore commiſſae morae debentur *l.* 23. *ff. de legat.* 1. *l.* 91. §. 7. *ibid.* et *l.* 87. §. 1. *de leg.* 2. Idem, quod in fructibus obtinet, ad vſuras etiam, quae interdum quoque per *l.* 121. *ff. de V. S.* nomine *fructuum* veniunt, applicari poteſt, quod *l.* 34. *ff. de vſur.* confirmat: *Vſurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus ſeparari, et ita in legatis et fideicommiſſis etc. ſeruatur.* Mora autem legatario tum demum damnum illatum intelligitur, ſi facto heredis, quo minus iuſto tempore capiat legatum, impeditur, etſi lis non conteſtata fuerit. Vt tamen heres in *mora* conſtitutus dici queat, legatarius legatum agnoſcat, illiusque praeſtationem ab herede antea petat, neceſſe eſt, CARPZOV. *def. part.* 2. *conſt.* 30. *def.* 20. *n.* 5. Inde vero reſultat, *a*) quod legatarius fructus poſt aditam hereditatem perceptos ſuos faciat, vi *l.* 120. *de leg.* 1. qua cauetur, *fructus ex fundo pure legato poſt aditam hereditatem a legatario* (qui in eius poſſeſſione ab hoc tempore fuit) *perceptos ad ipſum pertinere*, idque tam ex obligatione heredis, qua tenetur rem legatam, quam primum hereditatem adiit, legatario tradere, *l.* 2. *ff. de leg.* 1. *l.* 42. *ff. de vſur.* quam iure dominii, quod ſtatim in iſtum tranſit, *l.* 5. §. 1. *quand. dies leg. ced.* AVERAN. *interpret. iur. lib.* 2. *c.* 16. *n.* 2. et hinc quoque patet, fructus antea perceptos huc non pertinere, ſed illos heredi cedere, ſeu hereditati accre-

Digitized by Google

creſcere. *l.* 18. §. 2. *ff. ad SCt. Trebell.* et *l.* 48. *de adquir. rer. dom.* Mora vero β) ab herede praecipue committitur, ſi ex ſingulari dolo legatarii fruſtrandi cauſa, beneficium legis Falcidiae implorat, vt quantitatem maiorem, ſub obtentu, quod quarta ipſi non eſſet integra, a legatis detrahere poſſit, vt *l.* 89. *in f. ad L. Falcid.* docet, conſtituens, *vſuras praeſtaturum eum, qui fruſtrationis cauſa beneficium legis falcidiae implorauit.* add. *l.* 84. §. 2. *de leg.* 2. nec non *l.* 2. *C. de vſur. et fruct.* Alias vt plurimum γ) vſurae praeſtantur a *tempore litis conteſtatae*, quae iudicialem conſtituit interpellationem, quam leges hic deſiderarunt, *l.* 1. 2. *et* 4. *C. de vſur.* et *l.* 91. §. 7. *de leg.* 1. vt adeo ante litem conteſtatam exigi nequeant. CARPZOV. *def. part.* 2. *conſt.* 30. *def.* 20. §. 1. Fructus itaque δ) ante moram percepti, accedunt hereditati, HAHN. ad WESENB. *de SCt. Treb. n.* 18. vel accreſcunt heredi, a quo legata praeſtanda et iudicialiter exigenda; quamuis enim dies legati cedat *a tempore mortis*, hoc tamen tantum intuitu *transmiſſionis*, non *plenae acquiſitionis*, verum eſt, quae demum poſt *agnitionem* ſeſe exſerit, qua facta etiam iudicialiter peti poteſt. Ceterum non dubium eſt, quin hodie a tempore *motae litis* debeantur vſurae ex ratione peculiari *proceſſus hodierni*, in quo etiam ſola *citatio* de *iure canonico praeſcriptionem* interrumpit, atque *litis pendentiam* inducit. Inſpicienda praeterea ante omnia voluntas teſtatoris, ex tenore verborum iudicanda, qui diuerſimode legatariis proſpicere, et vt iis vſurae etiam ante moram praeſtentur, diſponere poteſt, quemadmodum eius exemplum exhibet *l.* 39. *in f. de vſur. et fruct.* cui add. *l.* 34. *pr. de leg.* 3. Vnica eorum, quae hucusque adduxi, occurrit exceptio in legato ad *pias cauſas*, ſi ſcilicet piae cauſae aliquid relictum; in hoc enim, praeter complura alia eiusdem priuilegia, ex ſingulari eiusdem fauore,

vſurae

Digitized by Google

vſurae ſtatim a tempore mortis debentur, licet in mora heres per interpellationem conſtitutus non fuerit, ſecundum *Nov.* 131. *c.* 12. *Si autem diſtulerint, qui in hoc onerati ſunt, huiusmodi praebere legatum ad pias cauſas, et fructus et vſurae et omne legitimum exigatur augmentum, a tempore mortis eius, qui hoc reliquit.* In caſu vero inficiationis iudicialis in duplum creſcit, idemque ab herede praeſtandum eſt. §. 19. *Inſt. de act.*

Regula tertia, quando dies in annuo legato cedat.

§. XIX. Progredior ad regulam tertiam: *dies annui legati, quod in ſingulos ſc. annos praeſtandum relinquitur, et ſic vnice in commodis annuis praeſtandis conſiſtit, a tempore mortis cedit*, iure etiam antiquo, per *l.* 12. §. 2. *quand. dies leg. ced.* qua diſertis aſſeritur verbis: *huius legati diem ex die mortis cedere, non ex quo adita eſt hereditas*, adeo vt praeſtanda etiam legatario ſint eius commoda praeteritorum annorum, licet caſu vel culpa heredis poſt aliquot demum annos hereditas fuerit adita, *l. cit.* idque ex hac ratione, quod in annuo legato ad vitae tempus, non *vnum*, ſed *plura* contineantur, *l.* 4. *de ann. leg.* in quibus ſingulorum currit annorum praeſcriptio, quaeque morte legatarii finiuntur, ob praeſumtam teſtatoris voluntatem, huic ſolummodo, non aeque eius heredibus proſpiciendi. Quapropter fructus *vltimi* tantum *anni*, quem legatarius ingreſſus, ad hos transmittuntur, *l.* 8. *et l.* 22. *de ann. leg.* eaque de cauſa etiam ſaepius ſub nomine *legatorum perſonalium* veniunt. SCHILTER. *exerc.* 39. §. 63. Multum ab his temporalibus differunt *perpetua*, quae *plura*, et *vnum* tantum continent legatum, ideoque vna tolluntur praeſcriptione. Vid. D. PRAESID. *tr. de iur. eccleſ. Prot. tom.* I. *tit. de praeſcript.* §. 2. *ſq.*

Regula quarta, cui obueniant fructus ex legato in diem certum relicto.

§. XX. Succedit regula quarta: *Legati in diem certum quidem dies a tempore mortis cedit, fructus vero ante diem iſtum percepti regulariter non legatarii*, cum dies illorum

lorum nondum venerit, ſed potius *heredis* ſunt, cui etiam in dubio adiudicandi, ob praeſumtionem pro iſto militantem, quod teſtator in huius praecipue gratiam, vt interim inde commoda perciperet, diem adiecerit, *l.* 12. §. 4. *quand. dies leg. ced.* Iſta tamen praeſumtio per contrariam voluntatem teſtatoris declaratam eliditur, ſi de hac certo conſtat, quod tempus *legatarii* potius cauſa, vel in fauorem eiusdem adiectum fuerit, vt declarat egregie *l.* 43. §. 2. *de leg.* 2. *Si in diem fideicommiſſum relictum ſit, veluti poſt annos decem, intereſt, cuius cauſa tempus dilatum ſit, vtrumne heredis, quo caſu heres fructum retinere debet: an legatarii, veluti ſi in tempus pubertatis ei, qui impubes ſit, fideicommiſſum relictum ſit; tunc enim fructus praeſtandi et antecedentis temporis, et haec ita intelligenda ſunt, ſi non nominatim adiectum eſt, vt cum incremento heres fideicommiſſum praeſtet.* Huiusmodi fauorem, teſtatores impuberibus, in legatis a ſe relictis, exhibere voluiſſe, praeſumuntur, quod etiam leges ipſae earundemque interpretes agnoſcunt, *l.* 78. §. 1. *ad SCt. Treb.* et *l.* 46. *in f. ibid.* adeo, vt heres etiam non interpellatus, fructus quoscunque perceptos reſtituere teneatur, ex ſingulari *fauore aetatis*, vtpote quae non ſatis idonea eſt, ad heredem interpellandum, qua ex cauſa etiam interpellatio interueniſſe fingitur. *l.* 3. §. 3. *ff. de vſur. l.* 3. *Cod. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſt.* FABER *in Cod. lib.* 6. *tit.* 24. *def.* 14. In genere vero hic fauor illis potiſſimum attribui ſolet, erga quos teſtator naturalem amorem habuit. AVERAN. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 12. *ſq.*

Regula quinta, ſecundum quam fructus legatorum conditionalium ad heredem pertinent.

§. XXI. Transeo ad legata *conditionalia*, atque in ordine ad regulam *quintam*. *Illorum dies, cum a tempore conditionis exiſtentis demum cedat, ideoque ante illam impletam, nullum ius legatario obueniat, fructus quoque ex re legata interim prouenientes ſuos non facit, ſed heredi iſti* ordi-

ordinarie cedunt. Inde fluxit deciſio *l.* 32. §. 1. *de legat.* 2. quae ſic ſe habet: *Fundum ante conditionem impletam ab herede non traditum, ſed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus poterit.* Legatarius enim in caſu ſubſtrato rem non ſicut ipſi legatam, ſed potius tanquam *alienam*, adeoque contra voluntatem *teſtatoris* et *heredis m. f.* poſſidet, cum teſtator heredi, poſſeſſionem eius potius ad conditionem vsque impletam conceſſiſſe, dicendus ſit, *l.* 41. *de cond. et demonſtr.* niſi rurſus liqueat, in fauorem ſolius legatarii *conditionem* a teſtatore adiectam fuiſſe; tunc enim dies eiusdem ſtatim a morte teſtatoris cedit, *l.* 5. §. 3. *ſq. quand. dies leg. ced.* quemadmodum apparet in legato *dotis*, ſi filiae e. g. dos relicta, vt cum ſororibus iam dotatis exaequetur. *l.* 5. *Cod. cit. loc.* Eadem quoque vtuntur interpretatione, ſi in fauorem legatariae mentio *nuptiarum* adiecta, teſtator vero traditionem tantum legati ante matrimonium conſummatum prohibuit, cuſtodiamque duntaxat heredi commiſit, ne legataria interim forſan legatum diſſiparet, ſed haberet, vnde dotem congruam marito dare poſſet. *l.* 26. §. 1. *quand. dies leg. ced. et l.* 46. *in fin. ad. SCt. Trebell.* Hiſce vero caſibus, quemadmodum in legatis puris, vſurae vel fructus, durante hoc temporis interuallo, legatariis praeſtandi ſunt.

Petitio legati, quonam tempore in legatis locum babeat. §. XXII. Vltimus denique effectus iurium, legatariis intuitu legatorum competentium, eſt *petitio legati*, qua ſc. legatarius heredem de re legata ſibi tradenda adit. Hanc tamen praecedere debet *agnitio* eiusdem, cum ante illam et *conſenſus* et *acceptatio* legatarii dubia atque incerta ſit, ob poteſtatem, qua gaudet, *repudiandi* ſibi relictam. Inprimis vero haec *agnitio* et *petitio* legati tunc neceſſario adhibenda, ſi legatarius heredem in mora vult conſtituere. *l.* 88. *ff. de reg. iur.* et *l.* 127. *ff. de V. O.* Si vero legatarius legatum accipere detrectat, illudque repudiat,

Digitized by Google

diat, ceſſio diei, euentualiter facta, pro non facta intelligitur. *l.* 86. §. 2. *de legat.* 1. *et l.* 80. *de legat.* 2. Tempus, quo legata peti poſſunt, ex natura eorundem diuerſum eſt. Sic petitio legati puri abſolute talis adita ſtatim procedit hereditate, cum eiusdem dies vno eodemque tempore *cedat* atque *veniat.* Diuerſum obtinet in legato in *diem certum* relicto, quod ante hunc peti nequit, cum certum quidem ſit, illud debitum iri, ſed tempus vel dies nondum venerit. *leg.* 1. §. 1. *de cond. et demonſtr.* Conditionalis legati dies demum poſt exiſtentem cedit et venit conditionem, implementumque eius ſecutum, ante quod incertum eſt, vtrum debeatur: quamobrem etiam dies per ſupra tradita nec cedit, nec venit, donec diſpoſitioni teſtatoris a legatario ſatisfactum vel aliter euentus conditionis exſtiterit. Ex hiſce vero apparet, legatum *in diem certum relictum* ſimpliciter *purum* dici non poſſe, ob inſignem differentiam, quae inter hoc et *abſolute purum* intercedit, quod propterea *praeſens in l.* 15. *pr. vt leg. vel fideic.* vocatur; add. *l.* 1. *pr. de cond. et demonſtr.* Denique *purum* ſtatim debetur: *in diem* relictum vero tantum operatur, vt legatarius eo nomine cautionem exigere queat, *l.* 14. *vt legat. vel fideic. ſerv. cauſa cav.* fideiuſſoriam inprimis, licet vel maxime heres bonis immobilibus inſtructus ſit: *l.* 1. §. 1. *tit. loc.* niſi vel a teſtatore *per, l.* 2. *et* 4. *Cod. dict. loc.* vel a legatario ipſo, *l.* 46. *de pact.* aut a legibus fuerit remiſſa, *l.* 6. §. 1. *et l.* 50. *ad SCt. Trebell.* Ex accidente tamen aliquando cautio in *puro* etiam locum habere poteſt, ſi *litigioſum* eſt, quod litis euentus ex natura ſua dilationem in tempus contineat, *l.* 15. *pr. vt legat. vel fideic. ſerv.* atque hoc de caſu intelligenda eſt *l.* 14. *pr. eod. tit.* vbi dicitur, quod cautio locum habeat in legatis et fideicommiſſis, *ſiue pure ſit relictum, ſiue ex die certa vel ſub conditione.*

Aa 2 §. XXIII.

Digitized by Google

Lege falcidia quid obtineat vlterius euoluitur.

§. XXIII. Praeter indigitatas legatorum differentias, inter legatum *purum* abſolute tale et *non purum*, alia adhuc in ſingulis eorum deprehenditur diuerſitas, quae modum computandi quartam ex lege Falcidia debitam concernit, ſi hereditas legatis fere exhauſta, quo caſu id, quod deeſt quartae, detrahit, vt quarta ex lege Falcidia ipſi debita integra atque illaeſa maneat. Condita fuit haec lex ſeu plebiſcitum, cuius plura erant capita, per *l.* 1. *in pr. ad l. falcid.* tempore AVGVSTI, ſicut teſtantur CVIAC. *Paratit. C. ad l. Falcid.* et VINNIVS *pr. Inſt. ad l. f. n.* 7. Nimia legandi libertas hac imprimis lege coanguſtata, eaque cautum, vt teſtatores quartam ad minimum hereditatis ſuae heredibus relinquerent illibatam, quemadmodum apparet ex *l.* 1. *pr. ff. ad l. falcid.* quod indicant verba eiusdem: *Dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo teſtamento heredes capiant etc.* ibique ſimul oſtenditur, ex nimia iſta libertate legandi, qua teſtatores ante hanc legem vſi, hereditates ſaepius legatis exhauſtas, ipſisque heredibus nil fere fuiſſe relictum, indeque factum, vt heredes ob nullum vel minimum lucrum hereditatem plerumque repudiauerint. Ad conſeruandas igitur vltimas voluntates, hac lege conſtitutum, vt heres detrahendo exceſſum vel ſuperfluum de legatis, ad minimum quartam hereditatis retineret ſaluam, ad inſtar *liberorum*, quibus legitima quarta neceſſario eſt relinquenda, et nulla ratione a patre grauari vel diminui poteſt. Heredes ideo quilibet in quarta Falcidia laeſi ad ſupplementum cum effectu ex diſpoſitione legis huius agere poſſunt, vt legatarii tantum de legatis ſibi relictis contribuant vel conferant, quantum, vt quartam heres integram conſequatur, neceſſe eſt. Collationis huius mentio quoque fit in *l.* 88. §. 3. *ad l. falcid.* ſequenti modo: *Secundum quod in propoſita ſpecie computationem ita iniri oportet, vt ex*

ſeptem

Digitized by Google

ſeptem partibus ego quatuor, tu tres, conferamus. Noua hic occurrit ſpecies *collationis*, praeter illam, quae inter liberos, in ſucceſſione quauis parentum obtinet, quamuis haec ad diuerſum obiectum conferendum tendat.

§. XXIV. Lex Falcidia primario in fauorem heredis condita fuit, cui etiam adſentitur *l.* 71. *ff. ad l. falcid.* licet ſecundario quoque fauorem teſtatoris reſpiciat concernatque. Vnde quoque ſi plures ſunt heredes, non vnus tantum, ſed etiam reliqui iure eodem pollent, pro parte, qua inſtituti ſunt, Falcidiam iſtam detrahendi. VOET. *ad leg. Falcid* §. 20. Tantae inde auctoritatis ex iſto fauore principali olim erat, vt (I) a teſtatore nec prohiberi, nec in fraudem eius quid agi poſſet, quemadmodum inter plura alia exemplum huius exhibet *l.* 15. §. 1. *ad leg. Falcid.* de fratre, qui ſororem quidem heredem inſtituerat, nihilominus tamen eam ſtipulari curauerat, ne Falcidia vteretur, et vt certam pecuniam, ſi contra feciſſet, praeſtaret, quo tamen non attento, ex hac ratione, quod *priuatorum cautione legibus non ſit refragandum*, ſoror Falcidiam retinuit. Pariter in *l.* 27. *eod.* euidenter dicitur, *quod conditio fraudis cauſa adſcripta*, pro non adiecta ſit reputanda. Iung. *l.* 11. *Cod. ibid.* Saepius tamen *per indirectum* haec lex, ex diſpoſitione teſtatoris, ceſſabat, per *l.* 64. *ad l. Falcid.* in qua haec occurrit facti ſeries: *Si in teſtamento ita ſcriptum ſit: Heres meus Lucio Titio decem dare damnas eſto, et quanto quidem minus per legem falcidiam capere poterit, tanto amplius ei dare damnas eſto: Sententiae teſtatoris ſtandum eſſe.* ICtus ait, quod hoc in caſu totum Titius caperet, reliquis vero legatariis tantum heres detraheret, quantum quartae ipſius deeſſet. *l.* 88. §. 2. *ad l. Falcid.* VOET. *dict. loc.* §. 11. Poterant tamen heredes iuri et fauori ſuo renuntiare, poſt mortem teſtatoris, e. g. per modum

Fauor legis Falcidiae reſpexit heredes.

cautionis, quod legata integra eſſent ſoluturi, ex diſpoſitione *l.* 46. *ad. l. Falcid.* ſeq. *Qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem teſtatoris ſecutus, ſpoſpondit ſe daturum, cogendus eſt ſoluere.* (ll) Solus praeterea heres, non etiam legatarii et fideicommiſſarii, hoc vti poſſunt beneficio, in cuius fauorem vnice haec lex tendit, non item legatariorum, eeu declarat *l.* 46. §. 2. *ad L. Falcid. Nunquam legatarius vel fideicommiſſarius, licet ex Trebelliano Senatusconſulto reſtituitur ei hereditas, vtitur legis Falcidiae beneficio.* Ratio diuerſitatis in eo ponenda, quod in caſu, ſi repudiauerit legatarius legatum, vel fideicommiſſarius fideicommiſſum, nihilominus teſtamentum ſubſiſtat, herede vero ob ceſſans lucrum hereditatem adire recuſante, corruat. Nec attendenda hic exceptio, quod heres fideicommiſſarius quartam, ſi fiduciarius beneficio falcidiae vſus non fuerit, deducere poſſit, *l.* 19. *ff. ad SCt. Treb.* quemadmodum etiam nihil ad rem facit, quod legatarius fideicommiſſo grauatus, cautionem a fideicommisſario exigere poſſit, ſi plus quam per legem falcidiam licuerit, legatum eſſe dicatur, *l.* 13. *ff. ſi cui plus quam per leg. falcid.* cum e. g. ſi viginti legata ſunt, vt quinque alteri reſtitueret, non aliter quinque reſtituere tenetur, quam ſi viginti accepit. His enim deminutis tantum fideicommiſſario pro rata deducit, quantum ipſi ex legato detractum eſt, quia *ex ſua perſona* legatarius legem falcidiam inducere nequit. *l.* 32. §. 4. *ff. ad l. Falcid.* VOET. *ad eand.* §. 19. Reſpicit vero haec lex primario et principaliter fauorem *heredis*, ſecundario tamen etiam *teſtatori* prodeſt, vt perſuaſiſſimum habere poſſit, hereditatem heredem aditurum, non repudiaturum eſſe; imo etiam *per indirectum* legatariis hoc modo conſulitur, quorum etiam intereſt, teſtamenta conſeruari, adeoque ſatius eſt, hereditate adita percipere legata quodammodo diminuta, quam, deſtituto per repudiationem

teſta-

teſtamento, nihil capere, *l.* 73. *pr. ff. ad l. Falcid.* IVSTINIANVS tamen ius vetus, primario in fauorem heredis diſponens, correxit, et teſtatori permiſit, falcidiae detractionem prohibere. Id indigitant verba *Nov.* 1. *cap.* 2. in fin. *Si vero expreſſim deſignauerit non velle, heredem retinere falcidiam, neceſſarium eſt teſtatoris valere ſententiam.* Quae prohibitio hodie non in teſtamento ſolum, ſed etiam codicillis reliquisque vltimarum voluntatum ſpeciebus locum habet. FACHINAEVS *controv. lib.* 13. *cap.* 57.

De aeſtimatione hereditatis, ſpectandum eſt tempus mortis.

§. XXV. Omnis vero inſpectio in computanda quarta huc primario dirigenda, vt inquiratur, an heres iſtam ſalvam habeat nec ne? quod ex *aeſtimatione hereditatis* colligendum; haec vero quemadmodum ineunda, infra in §. *XXVIII.* vlterius pertractabitur. Quoad legata itaque, et quidem inprimis *pura*, quae *praeſenti* debentur *die*, vt dicitur in *l.* 88. §. 3. *ad l. falcid.* ſequentes denuo ſtruo regulas, quarum prima eſto: *In quantitate patrimonii exquirenda ſpectandum eſt tempus mortis*, cum ab hoc demum hereditas eſſe incipiat, ante mortem autem nulla ſit, adeo vt augmentum et decrementum poſtea contingens, lucro et damno heredis ſit. Vnde ſi ante aditam hereditatem ex rebus hereditariis tantum fructuum acceſſerit hereditati, vt heres inde ſaluam quartam habeat, legatariis tamen hoc non prodeſt, ſed quarta, quae defuit tempore mortis, nihilominus detrahitur. Pariter ſi ante aditam hereditatem bona valde decreuerunt, hoc non obſtante ſolida debentur legata, ſi tempore mortis quarta ſalua fuit; liberum tamen eſt heredi, vtrum hereditatem adire vel repudiare malit, quod ne fiat neceſſe eſt legatariis, ne deſtituto teſtamento nihil conſequantur, cum herede in portionem legatorum paciſci. *l.* 73. *pr. ad l. falcid.* Ex regula hac ſupra tradita ſequitur, *a*) vt fructus pendentes, licet maturi, augeant

geant hereditatem, ex *l.* 9. *pr. ad l. falcid.* vbi: *In falcidia placuit, vt fructus poſtea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aeſtimationem, fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuiſſe pretioſior.* Qui vero commodum ſentit, incommodum quoque ſentire debet; et inde β) heredi pereunt, quae poſtea pereunt, ſecundum *l.* 30. *ad l. falcid.* vbi dicitur: *In ratione legis falcidiae mortes ſeruorum caeterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hoſtium, praedonum, latronum, debitorum facta peiora nomina, in ſumma, quodcunque damnum, ſi modo culpa legatarii careant, heredi pereunt etc,* add. *l.* 32. *ibid.* Damnum vero reſarciunt interdum acquiſita et augmenta accidentalia, quae lucro heredis cedunt, de quibus vid: *cit. l.* 30. *in pr. et* §. 2. *ad l. falcid.* Multo minus itaque γ) legatariis detrimento erit, ſi heres male vendidit res hereditarias, quia tunc in culpa eſt, prout clare euincit *l.* 3. *pr. ad l. falcid.* et ex eadem ratione, ſi quocunque alio modo male adminiſtrauit res hereditarias, iſte ſolus damnum ſentiet; quamuis δ) ſi pars hereditatis citra eius culpam a fiſco ablata, de hoc non teneatur, pars tamen relicta nihilominus in hereditatem imputanda et aeſtimanda, ſecundum diſpoſitionem *l.* 11. §. 2. *ad l. falcid.* qua *Imperator* MARCVS ANTONINVS *decreuit, heredes, quibus pars bonorum ablata eſt, non in ampliorem partem, quam pro ea parte, quae relicta eſt, legatorum nomine teneri.*

Regula ſecunda de pretio vero conſtituendo.

§. XXVI. Sequitur regula ſecunda: *Pretium ex rei veritate eſt conſtituendum*, h. e. quanti hereditas ſecundum *pretium commune*, tempore mortis teſtatoris fuit, adeoque *in Falcidia aeſtimatio pretii rerum ex veritate dicitur facienda in l.* 42. *ad l. falcid. in l.* 62. §. 1. *ibid.* quae pretium *praeſens* appellatur, h. e. quod non ex praeterito,

to, ſed praeſenti accipitur tempore. Non rectius vero hoc exploratur quam per *taxatores* peritos *iuratos*, prout regulariter in quauis aeſtimatione rerum recte ineunda fieri ſolet. Hoc ratio commerciorum communium, quae tum in ciuitatibus, tum inter gentes obtinent, ſuadet, vt quilibet rem ſecundum illud aeſtimet pretium, quanti vulgo ab omnibus in *commercio* eo fuit tempore, quia alias ratio non eſſet expediendorum negotiorum, ſi quilibet pretium rei ſuae, ex proprio arbitrio, conſtituere vellet. Vnde (I) iure digeſtorum non habenda erat ratio aeſtimationis a teſtatore in *fraudem heredis* factae, vt inde quarta falcidia vel minueretur vel tolleretur, *l.* 15. *ad l. falcid.* §. *vlt.* ſed *verum pretium nihilominus in aeſtimationem deducebatur*, vt dicitur in *l.* 81. §. 4. *de legat.* 1. ibidemque allegato exemplo de ſeruis aeſtimatis declaratur. Iure vero *nouo*, quo detractio quartae prorſus prohiberi poteſt, ſine dubio talis aeſtimatio admittenda, quia nihil amplius in fraudem legis Falcidiae fieri poteſt. Eodem fere modo (II) legatarii aeſtimatio ſingularis, re legata deperdita, non attenditur, ſi hic forſan in litem iurauerit, cum iuramentum hoc in poenam tantum eius, cuius dolo vel culpa res periit, vel deterior facta, introductum ſit, quae tamen aeſtimatio irregularis eſt, et ita in falcidia nullo modo attendenda. *l.* 60. §. 1. *ad l. falcid.* Legatariis e contrario (III) non nocet, ſi heres vltra verum pretium rem quandam comparare vel ſumtus maiores facere, neceſſe habuit, ſicut in *l.* 6. *ad l. falcid.* exemplo impenſarum funeralium declaratur. Pretium (IV) etiam affectionis cum hoc ſit valde irregulare et exorbitans, in falcidia non attenditur, per *l.* 62. §. 1. *ad l. falcid.* vbi dicitur: *Corpora, ſi qua ſunt in bonis defuncti, ſecundum rei veritatem aeſtimanda erunt, hoc eſt ſecundum praeſens pretium, nec quicquam eorum* FORMALI PRETIO *aeſtimandum eſſe,*

 ſcien-

Digitized by Google

ſciendum eſt. add. *l.* 63. *pr. eod. Formale pretium* in dicta *l.* 62. id dicitur, quod ex peculiari forma et ratione rei cohaerente, ſi quid ſingulare et eximium habetur, formatum eſt, vt obſeruat HEINECC. *ad Briſſon. de verb. ſignif. voc. formale*, ſeu quod peculiarem formam, modum et legem rei dat. *l.* 10. *C. de iur. dot.* Vt itaque (V) iuſto ordine et legitime omnia fiant, omniſque fraus ex parte heredis euitetur, licentia legatariis concedenda, inſpiciendi deſcribendique ea, ex quibus quantitas bonorum colligi ac doceri poteſt, quoties iuſtam iudex cauſam ſubeſſe deprehendit, *l. penult.* §. *vlt. ad l. falcid.* et ſic ſine dubio ante omnia inuentarium edendum eſt.

Regula tertia de aeſtimatione legatorum futurorum et incertorum facienda.

§. XXVII. Cum itaque tota aeſtimetur hereditas, *legata quoque ex hereditate praeſtanda aeſtimanda veniunt*, quod tertiam conſtituit regulam. Sed ſaepe maiorem difficultatem habet, cum etiam iura nouiter in teſtamento conſtitui et legari queant, *l.* 1. §. 9. *ad l. falcid.* vt annua, alimenta, vſusfructus etc. Circa has praeſtationes diſtinguendum: vtrum ſint *perpetuae* an *temporales*, ad vitam forſan duraturæ? priores ad inſtar vſurarum trientium habentur, et ad *ſortem*, quae legata videtur, reducuntur, vt ait *l.* 3. §. *fin. ad l. falcid. Item ſi Reipublicae in annos ſingulos legatum ſit, dum de lege falcidia quaeratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum ſufficiat ſorti ad vſuras trientes eius ſummae, quae legata eſt, colligendas.* Tale enim legatum *perpetuum* eſt, et ſic ſi octo aurei quotannis legati ſunt, videtur ſors ducentorum aureorum in perpetuum legata, vnde quotannis trientes vſurae conſtituunt octo aureos. Impeditior eſt ratio computandi *temporales praeſtationes*, quae quia ad breue vel diu duraturum tempus deberi poſſunt, quod tamen incertum eſt, reductionem ad fortem non admittit, ſed potius omnium annorum praeſtationes in vnam quantitatem confundendae

et

Digitized by Google

et inde aeſtimatio legati capienda. Hoc vero ex vitae termino incerto vt plurimum dependet, qua de cauſa quidam conſtituerunt, tanti id legatum a iudice eſſe aeſtimandum, quanti venire poſſit, ſi venderetur, cui taxationi, ob eiusdem varium euentum et incertitudinem, revera quaedam venditio ſpei ineſſe videtur, per *l.* 55. *ad l. falcid.* Haec vero non habet certum pretium; nec interim, in incerto poſito, quamdiu victurus ſit legatarius, certum euadit, donec ex poſt facto, mortuo eo appareat, vtrum et quatenus has praeſtationes lucratus fuerit, quo demum tempore ſpectari debet, an et quid heredi ex ea cauſa debeatur, *cit. l.* 55. *ibid.* quem in finem *cautiones* vtrinque praeſtandae erant. Quandoque etiam heres ab initio obligabatur, ad integra annua aut alimenta interim praeſtanda, donec ex lapſu temporis apparebat, laeſam fuiſſe quartam, ceu docet *l.* 47. *pr. ad l. falcid.* huius tenoris: *Lex falcidia, ſi interueniat, in omnibus penſionibus locum habet, ſed hoc ex poſt facto apparebit, vt puta in annos ſingulos legatum relictum eſt, quamdiu falcidia nondum locum habet, integrae penſiones annuae dabuntur; ſed enim ſi annus venerit, quo fit, vt contra legem falcidiam vltra dodrantem aliquid debeatur, eueniet, vt retro omnia legata ſingulorum annorum imminuantur.* VOET. *ad l. falcid.* §. 7. Haec vero computatio pari difficultati ſubiecta eſt, qua de cauſa vt aliquid certi ab initio conſtitui queat, quidam nouam inuenerunt viam fundatam in *l.* 68. *ad l. falcid.* qua legatariis, triginta annis minoribus, triginta annorum vitae tempus praeſtituitur: iis, qui trigeſimum exceſſerant annum, tot aſſignantur anni, quot ſexaginta deſunt: poſtea denique nunquam minus, quam quinque annorum ſpatium vitae attribuitur. VOET. *ad tit. de L. Falcid.* §. 7. Et inde huiusmodi legatum tantum eſſe ab initio cenſetur, quantum ſingulis annis percepturus eſt legatarius, quae omnia

 morte

morte ipſius ſubſecuta, in vnam maſſam coniiciuntur, quo demum tempore certo apparebit, quantum ex omnibus legatis detrahendum ſit. Hunc in finem cautiones praeſtandae mutuae, *l.* 73. §. 1. *ad l. falcid.* ab initio tamen quoddam conſtituendum pretium, vel ſecundum primam vel alteram methodum.

Regula quarta: Heres ante legatorum praeſtationem omne deducit aes alienum.

§. XXVIII. Quia quarta hereditatis ſalua eſſe debet cum integro commodo, *quartam* conſtituo regulam: *ante omnia deducendum eſt aes alienum, l.* 66. §. 1. *ad l. falcid.* Quoniam enim heres omne aes alienum ſoluit, contingere poſſet, vt hoc longe ſuperaret quartam, adeoque plus damni quam lucri heres caperet. *cit. leg. in fin.* Pertinent autem ad hoc aes alienum praeter *nomina paſſiua*, etiam impenſae funeris, §. *fin. Inſt. ad l. falcid.* ſecundum teſtatoris conditionem ex neceſſitate factae, ſiue in ipſum funus, ſiue in modicam monumenti neceſſarii ſpeciem erogatum ſit. *Nec amplius concedendum erit, quam quod ſufficiat ad ſpeciem modicam monumenti*, ait *l.* 2. *ad l. falcid.* cui add. *l.* 1. §. *vlt. ibid.* Praeterea huc referuntur nomina *actiua inania*, quae habentur pro non exiſtentibus, item impenſae neceſſariae in hereditatem factae, de quibus *l.* 72. *ad l. falcid.* Id etiam firmat *l. fin.* §. 9. *Cod. de iur. deliberand.* conſtituendo, vt etiam, quod in teſtamenti inſinuationem, vel inuentarii confectionem, vel alias neceſſarias hereditatis cauſas erogatum, deducere queat. Nec minus *dos praelegata*, cum ſit inſtar aeris alieni, extra rationem legis falcidiae eſt, ſcilicet quia ſuam rem mulier recipere videtur; *l.* 81. §. 1. *et l.* 85. *ad l. falcid.* In hunc porro cenſum venit res aliena legata, quam heres ſtatim redimere et praeſtare, aut ſi iuſto pretio redimere non poſſit, aeſtimationem eius dare cogitur. *l.* 14. *in fin. de leg.* 3. Denique non ſolum aeſtimationes ſeruorum a teſtatore manumiſſorum, per *l.* 37. *ad l. falcid.* et pretia eorum deducebantur,

Digitized by Google

bantur, qui ſupplicio adficiebantur, ſed etiam eius, quem Praetor propter indicium proditae mortis vel detectae eorum coniurationis libertate donauit. *l.* 39. *ibid.*

Regula quinta: Heredi in quartam ea ſolum imputantur, quae iure percipit hereditario.

§. XXIX. Heredis cauſa cum primario lex falcidia lata, atque cautum ſit, vt *quartam hereditatis* habeat integram, *quinta* inde *efficitur* regula. *In quartam tantum imputantur, quae heres vt heres habet*, non legata heredi per coheredem a teſtatore relicta. *l.* 74. *ad l. falcid.* ibi: *Itaque, quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur. l.* 91. *ibid.* Aliud dicendum, ſi ideo diſertis verbis praelegatum heredi a teſtatore datum ſit, vt in compenſationem quartae cederet, et integra legata heres praeſtaret. *l.* 75. *ad l. falcid.* Ea vero, quae apud heredem remanent legata, merito ipſi imputantur, vt pars hereditatis, in quartam, ſi vel ab initio inutiliter relicta, vel legatarius ante mortem teſtatoris, ſeu quocunque alio modo, conditione adpoſita, defecerit; haec enim *pro non-ſcriptis* habentur, et ſic merito heredi in quartam imputantur. Ait ICtus: *quacunque ex cauſa legata non praeſtantur, imputantur heredi in quartam partem, quae propter legem falcidiam remanere apud eum debet. l.* 52. §. 1. *ad l. falcid.* In genere omnia, quae iure hereditario heres percipit, ipſi in quartam imputantur ex *l.* 76. §. 1. ſic diſponente: *Qua ratione placuit legata, quae legatarii non capiunt, cum apud heredes ſubſederint, hereditario iure apud eos remanere intelligi, et ideo quadranti imputanda, nec quicquam intereſſe, vtrum ſtatim ab initio legatum non ſit, an quod legatum eſt, remanſerit.* add. *l.* 11. *pr. l.* 50. *l.* 51. *et l.* 78. *ad l. falcid.*

Regula ſexta requirit, vt fructus quartae heredi ex die mortis ſalvi maneant.

§. XXX. Sicuti hereditas demum exiſtit morte teſtatoris, et quarta ſecundum ſtatum mortis aeſtimanda, aequum quoque eſt, quod *ſextam* conſtituit regulam, vt *fructus quartae ex die mortis heres ſaluos habeat*; vnde ſi e.g.

Digitized by Google

e. g. fructus quorundam praediorum teſtator, ſub conditione, per modum fideicommiſſi, cuidam reliquit, heres vero quartam eorum non deduxit, hic iſtam ſic accepto facere ſibi cogitur, vt falcidiam eiusdemque fructus ſtatim ex die mortis bonorum, quae mortis tempore adfuerunt, ſibi habeat, et quamuis non ſtatim appareat, vtrum quarta laeſa ſit, prout in legatis vel fideicommiſſis conditionalibus contingit, *tamen ex die mortis fructus quadrantis apud heredem relinqui neceſſe eſt. l.* 15. *§.* 6. *ad l. falcid.* Licet enim hereditas per aditionem acquiratur, eiusque dies eo demum tempore cedat, etiam ſecundum ius nouum, *l. vn. §.* 5. *C. de Cad. toll.* nec minus iſta nondum agnita vel adita acquiri et ad heredes transmitti non poſſit, *l.* 7. *Cod. de iur. delib.* hereditas tamen, poſtea adita, ſtatim *a tempore mortis* eius fuiſſe creditur, et inde quoque hereditas iacens perſonam heredis repraeſentare paſſim dicitur. *l.* 24. *de nouat.* et *l.* 28. *§. vlt. de ſtipulat. ſeruor.*

Regula ſeptima: Legata in diem, hoc veniente, in quantitate relicta, praeſtanda.

§. XXXI. Quamuis heredi vltra *quartam* et *quartae fructus* ſecundum legem Falcidiam nihil debeatur, alia tamen lucra, quae interim ex *legatis ad tempus* percepit, vltra quartam eiusdemque fructus, merito ſuos facit, quo circa *ſeptima* regula eſt: *quod in diem certum relictum, die veniente in ea tantum praeſtandum quantitate, in qua relictum, ſine vllo interuſurii, aut fructuum medio tempore per heredem ex re legata perceptorum additamento*, quoties nihil vltra dodrantem legatum eſt, et heres ſaluam habet quartam. VOET. *ad l. falcid. §.* 8. Plus enim quarta percipere heres non prohibetur: minus autem ei aſſignari nequit. Denique tempus in fauorem *heredis* adiectum, vt interim inde lucrari queat commodum, niſi forſan fauore *legatarii* dies legato adiectus fuerit, de quo ſupra §. 20. *et* 21. actum.

Digitized by Google

Si quarta non ſalua, quemadmodum tunc legata in diem computanda.

§. XXXII. Quartam ſi heres ſaluam non habet, legatum ad diem certum relictum non ſimpliciter cum *puro* conferendum, et ſecundum regulas adductas aeſtimandum. Etenim hoc in caſu in quartam heredi imputantur, quae *ante diem venientem* ex re legata percepit, vti vſuras, fructus &c. per *l.* 58. §. 5. *ad SCt. Trebell. medii enim temporis commodum computatur in legatis in diem relictis*, vt dicitur in *l.* 45. *ad l. falcid.* Hoc commodum ex *voluntate ſpeciali teſtatoris* percipit heres, illudque detrahitur interim legatario; voluiſſe itaque teſtator eo ipſo intelligitur, vt commoda ex re legata ante diem venientem percepta in quarta huius legati imputaret, quae ex illo percepit, cuius dies tamen iam ceſſit tempore mortis. Atque hoc ſtatim conſtitui debet a Iudice computationi praepoſito, quia illud in continenti determinari poteſt, v. c. interuſurium in quantitate legata, mercedes fundorum etc. nec in huiusmodi legatis cautiones neceſſariae, cum certum ſit, ea omni modo deberi. *l.* 73. §. 4. *ad l. falcid.* In hoc differt a *conditionato* legato, cuius fructus et reditus ante conditionem exiſtentem incerti ſunt, in iisque demum cautio a legatariis, quibus ſolida ſoluuntur legata, praeſtanda, ſi exiſtente legati conditione forſan demum apparebit, amplius, quam per legem falcidiam licuerit, acceptum eſſe. *l.* 45. §. 1. *ad l. falcid.* et *l.* 3. *ſi cui plus quam per leg. falcid.* Ipſa horum legatorum computatio ſecundum *l.* 66. *ad l. falcid.* ita ineunda, vt, quantum interim percipitur, tantum legato *decedere* videatur, hoc ſenſu, vt quidem legatum ſuo tempore praeſtetur, in computanda autem quarta ratione legatarii et collegatariorum, tanto minus illi relictum cenſeatur, quantum percepit ex re legata heres, veluti legatario 1000 Th. legati ſunt, ex quibus heres 400. vſuras percepit; ante diem habetur, ac ſi legatario 600 Th. legati fuiſſent, quae computatio

Digitized by Google

putatio legatario proficit, collegatarios autem grauare videtur, quod ille eo minus ad quartam conferat. cit. *l.* 66. *pr. ad l. falcid.*

Dubium ex prima vel ſecunda regula forſan movendum tollitur.

§. XXXIII. Nec hiſce obſtat prima et ſecunda regula, quod omne commodum ſuperueniens heredis ſit, et legatariis non proſit, ſi hereditas tempore mortis ad quartam non ſufficiat; hoc enim ad legata *pura* pertinet, a quibus multum differunt legata in *diem* relicta, quae ſupra §. 22. expoſita. Ob hanc itaque diuerſitatem declaranda eſt iſta regula, quia etiam legatum in diem relictum ex tempore mortis aeſtimandum, et tanto minus legatum cenſetur, quantum interea, donec dies obtingit, heres ex fructibus aut vſuris lucratur. *l.* 3. §. 2. *ſi cui plus etc.* Hoc denique caſu heres, qua heres, hos reditus percipit ex *voluntate teſtatoris*, qui tanto minus legatario legare voluiſſe videtur, quanto pluris ex re legata interim heres percipit, adeoque merito ei id imputatur, ſecundum tradita regulae quintae.

Regula octava, de fructibus heredi in quartam imputandis, ex legato conditionali perceptis.

§. XXXIV. Quoniam in *conditionali legato* heres pendente conditione fructus ex voluntate ſpeciali teſtatoris percipit, haud inique haec commoda heredi in quartam ex eadem imputantur ratione, quod teſtator tanto minus legaſſe cenſeatur, quanto pluris ex ea interim heres percepit vel percipere potuit. Vnde conſtituo *octauam* regulam: *In legato conditionali fructus interim percipit heres imputandos eidem in quartam exiſtente conditione, aeque vt in legato in diem certum.* Fundamentum eius in *l.* 38. §. 3. *ad SCt. Trebell.* ponitur in *vſu medii temporis*, cuius interuallum minorem facit quantitatem legati, vt adeo heres ex *voluntate teſtatoris* interuſurium, ſeu quaeuis legati commoda interim percipiat, immo conditione deficiente ipſum legatum penes eum remaneat, quod proficit reliquis collegatariis, qui eo nomine cautionem praeſtiterunt,

Digitized by Google

runt, vt §. 27. ex *l.* 73. §. 1. *ad l. falcid.* dictum. Hoc tamen rurſus priori caſu ita intelligendum, vt tanto minus legatum cenſeatur, quantum aeſtimatio redituum legatum minuit, vt illuſtrat *l.* 66. *ad l. falcid.* Cuius exemplum docet, in legato decem aureorum, conditione poſt decennium exiſtente, decem quidem deberi, quia tamen heres pendente ea forſan *quinque* percepit, reſpectu ceterorum legatariorum habendum eſſe, ac ſi tantum *quinque* legata eſſent, atque hoc ſenſu dicitur *interuſurium decennii minuere quantitatem legati*, cum exiſtente conditione, ſi adhuc falcidiae locus eſt, eo duntaxat *reſpectu quinque* ad ſupplementum quartae conferat.

§. XXXV. Nouo ſed magis perſpicuo hoc illuſtratur exemplo in *l.* 88. §. 2. *eod.* cuius facti ſpecies haec erat. Totius hereditatis aeſtimatio erat ducentorum thalerorum tempore mortis, ſeu tanti aeſtimatum fuit inuentarium deductis deducendis. Teſtator mihi legauit *praeſenti die* ſeu *pure* centum: tibi aeque *ſub conditione* centum. Quia euentus conditionis incertus, interim praeſtita a legatario cautione centum mihi ſoluit. Poſt aliquantum temporis conditio exiſtit, qua pendente ex reditu legati eius, quod tibi relictum, non amplius quam 25. thaleros heres receperat, et ita collatio ad quartam, quae ab initio *quinquaginta thalerorum* erat, fieri debebat. Huius quartae integri fructus primo loco ei aſſignantur ſecundum §. 30. qui forſan *quinque* efficiunt: denique quia 25. iam percepit, ei amplius 25. conferuntur, et ita 30. *thaleri;* ſed collatio haec non ita inſtituenda, vt quidam putarunt, vt *quina dena* quilibet heredi conferat, ſed habendum, ac ſi meum legatum paulo vberius eſſet, et ego *centum:* tu tantum *ſeptuaginta quinque*, et ſic ambo 175. accepiſſemus, *quia tanto minus in tuo legato* eſt, ait ICtus, *quantum ex fructibus eius heres perceperit.* Cum ergo *quarta pars* amplius *Quod nouo roboratur exemplo.*

in meo ac in tuo eſſe videtur, computatio ita ineunda, vt ex *ſeptem partibus* ego quatuor, tu tres conferas, ac quia heredi 25. decedunt, quos ex interuſurio iam percepit, tu eos praeterea lucraris. In effectu ergo ego tantum ex meo legato centum minus accipio XVII. et vnam ſeptimam: tu ex centum legatis XII. et ſex ſeptimas, quae conſtituunt triginta heredi conferenda ratione quartae, vt eleganter rem explicat CVIAC. *tract. V. comment. ad African. in fin.*

Modus legata iudicialiter computandi traditur. §. XXXVI. Haec autem computatio legatorum vt plurimum *iudicialiter* ineunda. Olim eo nomine ſecundum *l. 1. §. 6. ſi cui plus, quam per L. Falcid. etc.* arbiter dabatur *ad ineundam quantitatem bonorum*, vel etiam commiſſarius a Iudice peti poteſt, ſi de iuſto rerum pretio inter heredes et legatarios haud conueniat, ſiue omnes, ſiue quidam tantum iſtum deſiderent. VOET. *ad l. falcid. §. 6.* Huius officium eſt, vt ad inſtantiam *heredis* denuncietur legatariis, vt veniant ad arbitrum vel commiſſarium, (qui altera etiam parte ceſſante, nihilominus per *l. 2. Cod. de vſur. et fruct.* partibus ſuis fungitur) ibique cauſam ſuam agant: plerumque etiam creditoribus euocatis iniungitur, vt de aere alieno probent. *cit. l. 1. §. 6. ſi cui plus etc.* Hodie ergo creditores *noti* ordinarie citantur, ignoti edictaliter, aeque vt in concurſu Creditorum, adeoque etiam ſub poena *praecluſionis* et *perpetui ſilentii* euocari poſſunt. In termino ante omnia totius hereditatis aeſtimationem deductis deducendis init, prout antea dictum, et legatorum cumulum praeterea conſiderat, et tunc vel ſtatim conſtat ſupplendam eſſe quartam eiusque ſupplementi quantitas haberi poteſt nec ne: priori caſu ſtatim computatio fit ſine cautione, quod illuſtrat ICtus in *l. 3. §. 2. ſi cui plus etc.* vt ob certitudinem diei *non ſtipulationi* i. e. cautioni, *ſed computationi* locus ſit, et ſtatim legis falcidiae ratio habeatur. Atque haec computatio etiam ſtatim fit

in

Digitized by Google

in *legatis in diem*, ſi palam ſit etiam ante diem venientem, iam falcidiam locum habere, quia vno eodemque tempore interuſurium, et *medii temporis fructus* poſſunt in computationem praedicto modo venire, et legata in diem ratione computationis minuere, hoc eſt, quod dicitur in *l.* 3. §. 3. *eod. intercapedinis* ſeu interualli *temporis habita ratione atque aeſtimatione.* Vnde ſi conditio in mora, vt computatio fieri non poſſit, ſed ex euentu conditionis, vtrum aliquid quartae deſit, vnice pendeat, ſoluuntur interim legata *pura* et legatarii cautionem eo praeſtant nomine, *l.* 73. §. 1. *ad l. falcid.* ſe exiſtente conditione, quanto plus conſecuti ſint, eſſe reſtituturos. Si denique legata in diem et ſub conditionem adſunt, et conditio eorundem mox exiſtat, ſtatim committitur ſtipulatio, vt ex cautione ad ſupplementum agi queat, licet dies ſuperſit, h. e. nondum venerit in legatis in diem relictis. *cit. l.* 73. §. 1. et 2. *ad l. falcid.*

§. XXXVII. Si res legata periit pendente conditione citra *culpam heredis*, diſtinguit *l.* 11. §. 1. *ad l. falcid.* vtrum conditio exiſtat an deficiat? exiſtente conditione poſt interitum, heredi non videtur periiſſe, adeoque nec quartae imputari debet: ea deficiente, heredi perit, cum ita in perpetuo iure dominii apud heredem permanſiſſet et nunquam ad legatarium perueniſſet, ideoque huic tanquam domino periiſſe atque quartae imputandum eſſe, dicendum ſit. VOET. *ad l. falcid.* §. 8. Eodem modo ſe res habet, ſi legatum rei certae *purum* vel *in diem* relictum fuerit, eaque ſine facto vel culpa heredis perierit, quia legatario, ad quem ſtatim *dominium* tranſit, vt domino perit, per *l.* 30. §. 3. 4. 5. *ad l. falcid.* et nihilominus quartam ex tempore mortis aeſtimandam integram habere debet heres, quod reliquos collegatarios grauat. Quod enim dicitur damnum poſtea contingens heredis et tem-

Quis interitum rei legatae ferre debeat, disquiritur.

Digitized by Google

pus mortis ſpectandum eſſe, hoc de reliquis *rebus hereditariis* intelligendum, vt recte monet BRVNNEM. *ad cit. l.* 30. §. 2. non de ipſis *rebus legatis*, niſi forſan in genere legatae fuerint, quia genus perire nequit, vel *culpa heredis* perierint. Si quid tamen ex re ad certum tempus relicta, antequam dies venerit, lucratus eſt heres, eius pretium in quartam a ceteris legatariis imputatur, et habetur, ac ſi collegatarius tantum percepiſſet, licet res fuerit interim exſtincta, vt de operis ſeruorum declarat *l.* 36. §. 4. *ad l. falcid.* Denique ſi aliquid ſupereſt ex re in diem legata, reſpectu eius tantum collatio fit, quod ſupereſt, quod indigitat ICtus in *l.* 30. §. 4. *ad L. Falcid. aut nihil debebitur*, ſi in totum periit: *aut eorum, quae extabunt, qualia erunt, portio ea debebitur, quae per legem Falcidiam efficiatur ex aeſtimatione bonorum, quae mortis teſtatoris tempore fuerint*, h. e. quantitas quartae determinatur ſecundum ſtatum bonorum tempore mortis, nec haec minuitur ex caſu circa legatum contingente, quod quidem legatario perit, heres autem tanto pluris a ceteris legatariis petere poteſt, quantum ad ſupplendam quartam requiritur.

Concluſio. §. XXXVIII. Hae obſeruationes relictis multis aliis grauioribus euincunt, infinitis tricis fere inextricabilibus inuolutam eſſe materiam legatorum, et inprimis doctrinam *de modo computandi quartam* heredi debitam, vt pro litibus abbreuiandis vel tollendis expediret, hunc lapidem offenſionis plane e Republica eliminare, et quod maioribus noſtris aliisque gentibus vſitatum fuit, vnice diſpoſitiones inter viuos permittere, vel ad minimum hanc innumeris litibus expoſitam materiam *de lege Falcidia* ſimpliciter e medio tollere, atque ſingulorum teſtatorum ſtultitiam, ſi hereditatem legatis nimis exhauſerint, periculo deſtituti teſtamenti exponere, quod heres inſtitutus ob

Digitized by Google

ob nullum vel minimum lucrum hereditatem adire recuſauerit; neque enim apud nos reipublicae adeo intereſt, vltimas voluntates conſeruari, ſed magis expedit et e re reipublicae eſt, omnia, vnde litium ſeges laetiſſima metuenda, nec ſimpliciter neceſſaria ſunt, eliminare potius, quam ſingulari proſequi fauore.

CONSVLTISSIMO CANDIDATO

JACOBO BECK,

ISNA-SVEVO,

S. P. D.

PRAESES.

Non deſunt hodie, nec defuerunt olim, qui hiſtoriam iuris Romani eiusque progreſſum ſcriptis ſuis exornarunt, et in Academiis viua voce tradiderunt, quod etiam magnopere conducit, ad connexionem iuris Romani prudentiae recte intelligendam. Verum ſicuti hoc argumentum in genere *tantum fata huius iuris concernit et ſeriem variorum iurium iuſto ordine docet, ita haud ſufficit ad intimas huius ſtudii rationes pernoſcendas, ſed praeterea* ſpecialis hiſtorica notitia *ſingulorum poſitiuorum iurium, quae per excellentiam* ius Romanum *dici merentur, ab intima antiquitate eruenda, eius fata percontanda, mutationes per intercapedinem temporum factae euoluendae, et ita* chronologia *diuerſorum iurium in ſingulis doctrinis poſitiuis non negligenda, quo apparentes contradictiones euitentur, et iura diuerſorum temporum, quorum rudera in collectione noſtra iuris Romani paſſim occurrunt, inter ſe diſtinguantur, et ita ſcopuli, in quos incidunt incauti,*

Digitized by Google

incauti, nemini amplius obeſſe poſſint. Monitum hoc, clariſſime Candidate, optime et ſano conſilio vſus, in hoc argumento obſeruaſti et ſuccincte diuerſas epochas in materia legatorum, *quae iuris Romani eſt, ita diſtinxiſti, vt facile omnes difficultates ſuperare potueris. Oſtendiſti hoc ſpecimine, Te in Academiis in audiendo doctores, meditando, librosque euoluendo, egregie occupatum fuiſſe, nec ſubſtitiſſe in vulgaribus veteranorum opinionibus, ſed ipſos fontes libaſſe. Talem etiam Te praeſtitiſti in examinibus conſuetis, in quibus vires ingenii et doctrinae noſtro ordini ita probaſti, vt Tibi aditum ad vltimum laborem Academicum publice ſuſcipiendum et peragendum ſponte patefecerit, Tibique poteſtatem dederit, iter ad honores Academicos capeſſendos hoc modo conficiendi. Gratulor Tibi hos tuos egregios conatus peractosque feliciter labores, meque amicitiae tuae penitus committo atque concredo. Dabam Halae d. XX. April. M D CC XL VII.*

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXX.

AD LIBR. XXX. PANDECT.

DE

PRIVILEGIIS LEGATORVM PIORVM GENVINIS ET SPVRIIS.

CAP. I.

DE GENVINIS LEGATORVM PIORVM PRIVILEGIIS.

ARGVMENTVM.

I. Argumenti ratio. II. Pia cauſa quid? III. Eius exempla. Eccleſiae. IV. Hoſpitalia, lytra captiuorum. V. Legatum pro anima et libertatis. VI. Stipendia, Scholae, Academiae. VII. In vtilitatem publicam relicta. VIII. Fons priuilegiorum cauſae piae. IX. De teſtamento ad pias cauſas. X. Opinio eorum, qui duos teſtes in eo deſiderant. XI. XII. Huius confutatio. XIII. De legatis ad pias cauſas ex teſtamento imperfecto, XIV. et ex teſtamento parentum inter liberos. XV. De teſtamento filiifamilias ad pias cauſas. XVI. Legata ad pias cauſas non ſubiecta ſunt legi falcidiae. XVII. Exceptiones ab hac regula. XVIII. Vtrum Trebellianica detrahatur a fideicommiſſis ad pias cauſas? XIX. Sententia affirmatiua defenſa. XX. Poena dupli ob moram in ſoluendis legatis ad pias cauſas. XXI. Epiſcopi horum executores. XXII. Officium magiſtratus in iis conſeruandis. XXIII. De mora heredum in iis non ſoluendis. XXIV. De legatis piis annuis perpetuis. XXV. XXVI. De fauore interpretationis legatorum piorum. XXVII. De legato incerto ad pias cauſas.

§. I. Cum

Digitized by Google

§. I.

Occaſio thematis.

Cum nuper admodum Dn. PRAESES diſſertationem de *nominibus eccleſiaſticis* publico examini ſubiiceret, et varia praeiudicia, quae ex erroneis principiis, a Dd. communiter receptis, fluunt, excuteret, indeque concluſiones deductas examinaret, deprehendit, eosdem imo longe plures errores in materia *legatorum ad pias cauſas*, et quidem in magna copia occurrere, quos nec ſemper illi euitare ſolent, qui iura proteſtantium eccleſiarum explicant. E re vero noſtra omnino eſt, vt hos euitemus ſcopulos, et falſa a genuinis ſeparemus, proinde Autor ſuaſorque mihi Dn. PRAESES fuit, vt hanc ſpartam in me ſuſciperem, et quid *circa legata ad pias cauſas* iuſtum ſit, euoluerem, *veraque* priuilegia eorum a *ſpuriis* ſecernerem, id quod ea, qua par eſt, breuitate expediam, vt *Cap. I. genuina*, *Cap. ſequ.* vero *ſpuria*, *falſa* et *cerebrina* priuilegia exhibiturus ſim.

Pietatis corruptus conceptus.

§. II. Quemadmodum *pietas ſolida*, in corrupta eccleſia, in *ſuperſtitionem* degenerauit, ita non mirandum eſt, notionem *piae cauſae* adeo quoque corruptam fuiſſe, vt, quicquid ob rationem *pietatis vel quaſi* h. e. *ſuperſtitionis* in teſtamentis relinquitur, id omne ad *piam cauſam* legatam eſſe cenſeatur, quod fuſius iam docuit RECHENBERG. in diſſert. *de eo, quod in pia cauſa impium eſt*, ſub Praeſid. WERNHERI habita. Cumulum harum piarum cauſarum recenſuit, et ſine iudicio congeſſit ANDREAS TIRAQVELLVS *de priuileg. piar. cauſ. in praefat.* quem ducem reliqui vt plurimum ſequuntur. Generatim huc referre ſolent illa legata, quae 1) in *vſus pauperum*, 2) *pro anima*, 3) intuitu *religionis Chriſtianae* eiusque promotionis, et 4) ob *vtilitatem publicam* relinquuntur. Primam cauſam admitto, ſed vt ex ſeqq. apparebit, ſaepe hic praetextus tantum fingitur, dum ſecundum principia iuris canonici ſoli fere

Genera piarum cauſarum quatuor.

clerici

Digitized by Google

clerici *pauperum* appellatione intelliguntur, veri autem negliguntur. Altera eſt ſuperſtitioſa, ne dicam erronea, ſi ad Scripturae S. normam examinatur, fluitque potiſſimum ex hypotheſi de *purgatorio*, quam noſtrates merito reprobant, vnde quoque non poſſunt non concluſiones inde ductas repudiare. Tertia ſpecies *ſuo modo* vera, ſed vt ex exemplis adducendis conſtabit, vtplurimum in *applicatione* ſuperſtitioſa eſt, quia promotio religionis chriſtianae in variis ſuperſtitioſis inſtitutis quaeritur. Vltima cauſa eo magis ſeſe commendat, quod tot hominum ſaluti et incolumitati inde proſpiciatur.

§. III. Ad primam claſſem referuntur *eccleſiae*, cuius bona olim recte dicebantur bona *pauperum*, quod vnice ex primo inſtituto alimentationi eorum inſeruirent, docentibus THOMASSINO *P. III. de vet. et nov. eccleſ. diſcipl. Lib.* 3. *c.* 26. *ſeqq.* et IO. LAVNOIO *de cura eccleſ. pro miſeris et pauper.* quo intuitu etiam paſſim bona eccleſiae vocantur *bona et patrimonium pauperum*, *c.* 28. C. 12. *q.* 1. *c.* 24. C. 12. *qu.* 2. *c.* 59. *c.* 66. *q.* 1. *c.* 2. *X. de rebus eccl. non al.* Verum tractu temporis ſcena ita mutata eſt, vt vix *quarta* redituum pauperibus ſit relicta, et tandem haec quoque in pleriſque eccleſiis ſuppreſſa, adeo vt bona eccleſiaſtica ſint facta *bona clericorum*, h. e. quae horum vſui et ſuſtentationi inſeruiunt. Non tam impius ſum, vt clericis ſalaria debita ex reditibus eccleſiaſticis denegare velim, quae ex merito iis debentur, et eo intuitu legata in eorum vſum relicta *pia* cenſenda, quod cultui diuino inſeruiant, et rem diuinam faciant; aſt quis negabit, hanc quoque in *ſuperſtitionem* degeneraſſe? Quot ſunt eccleſiae cathedrales et collegiatae, in quibus *res diuina* ex opere operato fieri dicitur, quae ingentibus reditibus turgent, iis exſoluendis, qui nomen *clerici*, non *rem* habent. Et tamen iis olim relicta adhuc apud nos iure *piarum cauſarum* cenſentur. Quot

Ad quae referuntur Eccleſiae.

Digitized by Google

ſunt eccleſiae aliae, quae vltra dotem, paſtoribus deſtinatam, plures reditus quotannis percipiunt, qui tamen in vſus pios, prout decebat, non erogantur, ſed quaeſtui exponuntur, quo patrimonium eccleſiaſticum quotannis augeatur. Quicquid tali eccleſiae legatur, *pium* eſſe iudicatur, ſi vel maxime neceſſarii et magis indigentes praetereantur.

Hoſpitalia. §. IV. Rectius 2) huc referuntur *hoſpitalia* eorumque bona, et quicquid in horum vſus legatur, quippe in quibus *refectio pauperum* et indigentium adhuc primaria cura eſt, cuius ſpecies varias recenſet *l.* 23. *C. de SS. Eccl.* inter quas tamen *monaſteria* non recte referuntur, vt paulo poſt dicam, bene tamen *viduarum clauſtra* et *ſuſtentacula*, *die Wittwen-Häuſer oder Wittwen-Kaſten*, *hoſpitia publica valetudinariorum*, *militum*, *Invaliden-Häuſer*, vel *animi morbo laborantium*, *Toll-Häuſer*, *receptacula infantium expoſitorum*, *Findel-Häuſer*, *aerarium pauperum*. *Lytra captiuorum* quoque in hunc cenſum referenda eſſe cenſeo, obſeruante HERTIO *diſſ. de lytro.* Ipſi Chriſtiani *captiuorum* inprimis rationem habebant, eorumque, qui ob perſecutionem in metallis, in inſulis vel cuſtodiis erant, et in horum vſus erogata *depoſita pietatis* dicebant, teſte TERTVLLIANO *in Apol. c.* 39. Minime tamen *alimentorum* legatum huc referendum, niſi *pauperibus* relicta ſint, vel etiam legatario intuitu *paupertatis*. Eſt quidem legatum *alimentorum* admodum *priuilegiatum*, ſed non ſtatim *pium*.

Lytra captiuorum.

An legata pro redemptione animae? §. V. Altera claſſis continet legata, quae pro *redemptione animae* relinquuntur, quae primario a Dd. in claſſem piarum cauſarum relata ſunt, teſte TIRAQVELLO *cit. tract. in praefat.* Haec cauſa fere olim primaria fuit, ob quam tot ingentes donationes, et legata eccleſiis, Monaſteriis, aliisque piis corporibus relicta ſunt, vt diplomata

mata antiquiſſima loquuntur, rurſusque oſtendunt, talia legata magis *ſuperſtitioſa* quam *pia* fuiſſe. In hunc cenſum quoque *lytrum* referunt, cenſentque IVSTINIANVM in *Nov.* 115 *c.* 3. §. 13. ideo illud piis accenſuiſſe cauſis, propter verba: *Vt, dum illi a ſuis non ſunt redempti, aliorum redemptio procuretur, et ipſorum quoque animae ex hac piiſſima cauſa ſubleuentur.* Euidens omnino eſt, Imperatorem exiſtimaſſe ex doctrina illius temporis, bona defuncti in redemptionem captiuorum impenſa *redemptioni animae defuncti* inſeruire, adeoque etiam illa, quae opus miſericordiae et pietatis continent, ex praua perſuaſione in ſuperſtitionem degeneraſſe. Nec aliud de iis dicendum arbitror, quae olim *hoſpitalibus* legata ſunt, quae eadem perſuaſio produxit, et eo facilius producere potuit, quod plerique, qui perdite hactenus vixerant, conſcientia teſte, varia ſcelera commiſerant, quaeuis facinora hoc medio expiari poſſe crederent, vtut a feria poenitentia longiſſime abeſſent. Quae cum ita ſint, non errauero, ſi dixerim, antiquiſſima legata ad pias cauſas, quae adhuc hodie ſuperſunt, ſuperſtitionis huius vel potius erroris fontem agnoſcere, quae tamen hodie non tam ſunt metienda ex *intentione teſtatorum*, quam *vſu* et *ſcopo*, cui inſeruiunt. Idem error quoque legatum *libertatis* catalogo piarum cauſarum adſcripſi, quia rurſus etiam libertatis datio vt plurimum olim *pro anima* facta legitur. *In legibus Ripuariis* *An legatum libertatis?* *Tit.* 58. ita cauetur: *Hoc etiam iubemus, vt qualiscunque Francus, Ripuarius, ſeu tabularius ſeruum pro animae ſuae remedio, ſeu pretio ſecundum legem Romanam, liberare voluerit.* Aliud ergo erat *pro animae ſuae remedio* ſeruum manumittere, quod *pium* cenſebatur, et aliud *pro pretio*, quod huc non pertinebat. Plures huius farinae formulas refert POTTGIESSER *de condit. et ſtat. ſeruorum apud Germ. L.* 3. *c.* 10. Inde forſan profluxit generale,

 ſed

Digitized by Google

ſed erroneum aſſertum Dd. legatum *libertatis* in claſſem ad pias cauſas legatorum pertinere, *libertatem* et *eccleſiam* aequiparari, legatum libertatis fauorabilius eſſe, quam alterius piae cauſae, quas ſententias non ſine dedecore noſtrates quoque repetunt, vt oſtendit HARPPRECHT. *in Diſſ. de admixt. extran. perſon. in diſpoſitione parentum inter liberos, th.* 29. *n.* 15. *et ſqq.* et inde inferunt, iura *libertati* data generatim piis cauſis applicanda eſſe.

Stipendia, Scholae, Academiae. §. VI. Tertia claſſis continet legata *Scholis, Academiis ſtudiisque* deſtinata, cum illae cenſeantur ſeminarium eccleſiae et Reipubl. in quibus animi iuueniles tum ad pietatem praeparantur, tum eo ducuntur, vt Reipublicae prodeſſe poſſint. Vtrum haec intentio vbique obtineatur, et media idonea adhibeantur, late non diſquiram, cum hoc ipſum eorum meditationi, qui defectus ſcholarum et Academiarum detegunt, relinquendum ſit. Sufficit, quod ſcholae multum ad *religionis promotionem* facere poſſint, ſi in debitum vſum adhibentur. Et ea de cauſa quoque *legatum ad ſtipendia* huc referri poteſt, quod noſtrates quoque admittunt. vid. COTHMANN. *in reſponſ. Acad.* 12. *n.* 82. FRITSCH. *de ſtipend. c.* 12. *n.* 2. CARPZ. *l.* 2. *Iuriſpr. Conſiſt. definit.* 328. *n.* 15. *ſeqq.* BESOLD. *Conſil.* 263. *n.* 22.

An Monaſteria et ordinum militarium ſodalitia? Hunc in finem etiam legata *monaſteriis* aliisque ſodalitiis, veluti *ordinum militarium*, relicta eſſe liquet, quia creditum fuit, monaſteria eſſe receptacula pietatis perfectiſſimae, et *vitae Apoſtolicae* ſolida praxis, vid. MABILLON. *in act. Benedict. ſec. III. p.* 2. *p.* 295. adeo, vt qui huic vitae ſe addicunt, *conuerſi* dicantur, vid. *tot. tit. X. de conuerſ. coniugat.* et meritorum cumulum ſibi acquiſiuiſſe credantur, aliis etiam communicabilium. Res ſatis nota eſt, et a noſtratibus plenius excuſſa, et reiecta, quamuis nihilominus etiam bona eorum *piis* accenſeamus *cauſis*, et iura earum iis applicemus, ſi vel maxime in alium vſum conuenientiorem,

Digitized by Google

nientiorem, et vere pium haud ſint conuerſa, quod inprimis vel ideo factum videtur, quia per *inſtrumentum pacis* fundationes nondum deſtructae in priſtino ſtatu permanſerunt, imo etiam plures permanere debuerunt. *Ordinum militarium ſodalitia* vix ſpeciem pietatis obtinent, et tamen legata in horum vſus *pia* dicuntur, quia inſtitutum eorum admodum profuit rei hierarchicae, in qua Maiores Chriſtianiſmum poſuerunt, et quamuis per DEI gratiam hunc errorem reiecerimus, non tamen eiurauimus concluſiones inde promanantes, cum etiam inter Proteſtantes hiſce ordinibus relicta piis annumerentur cauſis. Huc denique pertinent, quae *conuerſioni infidelium* deſtinantur expediendae per Miſſionarios, quorum ſcopus vtpote admodum pius, doctrinaeque Saluatoris conformis non poteſt non approbari et omnibus modis promoueri, quamuis in ipſa conuerſione abuſus committi poſſit, qui nec in quibuscunque ſacris praecaueri poteſt. Impium vero eſt, huc referre legata meretrici, vt ad frugem et meliorem vitam redeat: Quae enim morum emendatio, et vitae ſanctimonia ex perceptione lucri ſperari poteſt? Imo talis conditio, qua quis ſub ſpe legati conſequendi ad mutandam religionem, et omittendum peccatum inducitur, merito pro turpi reputatur. vid. KNIPSCHILD. *de fideicommiſſ. familiae, c. VI. n.* 401. *ſeqq.*

Quae conuerſioni infidelium deſtinantur.

§. VII. Denique vltima claſſis continet legata relicta *ergaſteriis* ſeu diſciplinae publicae ſcholis et ſceleratorum, qui in republ. quietem et pacem turbant, purgatoriis; cum admodum pium et ſalutare ſit, hoc medio prouincias a malis hominibus purgare. Similiter huc recte pertinent, quae legantur ad conſtructionem et reparationem pontium, viarum, murorum, aliorumque operum, publicorum, defenſioni Reipublicae inſeruientium, quippe quorum vtilitas in tot hominum incolumitatem redundat. Vnde non in-

Legata ob publicam vtilitatem relicta.

Digitized by Google

conueniens eſt, legata ſuperſtitioſis cauſis relicta, quae poſtea lege publica abolendae ſunt, in hunc conuertere vſum, cum etiam ſecundum *l.* 16. *de vſu et vſufructu legato* gentiles cenſuerint, res in vſum illicitum relictas conuerti debere in vſum aeque ſimilem, ſed magis licitum. vid. MAVRIT. *de ſecularifat. c.* 4. Ex his liquet, quam multa legata ad piam cauſam referantur, quae magis impia cenſenda, et merito inter Proteſtantes emendanda forent. Sed intempeſtiuus et inexcuſabilis amor iuris Canonici noſtrates decepit, vt a veritatis via media in luce alieniſſimi permanſerint, et praxi conſtanti adeo haec corroborauerint, vt in plerisque ſpeciebus adductis in vulgato errore, quod piae cauſae ſint, ſubſiſtere teneamus. Vnde vere dicere poſſes, generatim inter Proteſtantes piis cauſis accenſeri, quae hanc qualitatem ex iure canonico et veteri errore acceperunt, niſi ſtatus rerum mutatus, vel euidenter contrarium doceatur.

Fons priuilegiorum piarum cauſarum.

§. VIII. Haec legata ad *pias cauſas* eo magis in ſummo habita fuerunt pretio, quod ſpecioſo *pietatis* titulo coruſcent, quam legibus omnibus ſolutam eſſe debere pium iudicatum fuit. Hinc enata ſunt tot priuilegia *piarum cauſarum*, vel in cerebro interpretum procuſa ſine aſſiſtentia legis, quae ſpuria et adulterina eſſe credimus. Talia ſunt, quae iis attribuuntur ex priuilegiis *Fiſci*, *militiae*, *libertatis*, *alimentorum*, *dotis*, *pupillaris aetatis*, *reipl. et ex iuribus Imperii*, quod tamen ſtrenue contendit AVGVSTINVS BARBOSA *L.* 2. *iuris eccleſiaſt. c.* 13. cum TIRAQVELLO aliisque infinitis aſſeclis. Sunt *priuilegia* ſua natura *ius ſingulare*, et *exceptionem* a *regula* conſtituunt, cui tam diu inhaerendum eſt, donec exceptio probetur. Neque enim interpretum eſt, priuilegia fingere noua, vbi iuris deficit ſanctio, aut iura ſingularia certis cauſis tributa ad alias trahere cauſas, cum iuxta *l.* 14. *de legib.* iura ſingularia,

Quorum plura ſunt erronea.

Digitized by Google

gularia, vtpote contra *rationem iuris* recepta et conſtituta, ad conſequentias non ſint producenda. Id quidem non nego, legata *ad pias cauſas* eſſe admodum *fauorabilia*, quemadmodum adductae ſpecies ſummum in iure *fauorem* habent. Sed, prout Dn. PRAESES diſſ. *de nomin. eccleſ.* c. 1. §. 8. iam obſeruauit, fauor hic non efficit, vt quaeuis iura ſingularia, fauorabilibus, cauſis ſingulariter tributa, hiſce legatis applicari debeant, id quod regulae interpretationis prorſus haud admittunt, ſed tantum interpretationi vltimae voluntatis quandam vim addit, efficitque, vt ſecundum hunc fauorem voluntas defuncti *plenior* et *benignior* accipi debeat, quemadmodum de *libertate* dicitur, *quod fauor eius benigniores ſententias expoſcat, ſuadeatque*, quoties de dubia *voluntate*, et ſic de *quaeſtione facti*, emergit diſceptatio. *l.* 32. §. *f. ad L. falcid. l.* 17. §. 3. *de manum. teſtam.* Vnde argumenta a *libertate* vel alia cauſa fauorabili non prorſus reſpuo, quatenus generatim oſtendunt, quaeſtiones *facti* circa legata ad pias cauſas eſſe ſecundum hunc fauorem, quam leges eis tribuere, explicanda, quod infra exemplis declarabo.

Verus ſenſus Regulae: Legata pia eſſe fauorabilia.

§. IX. Primum et principale priuilegium, quod hiſce legatis datum eſt, concernit *modum diſponendi*, qui ita priuilegiatus eſt, vt teſtamenta in genere *ad pias cauſas* facta ſine vlla ſolennitate ſubſiſtant, ſufficiatque, ſi modo de *certitudine voluntatis* ſatis ſuperque conſtet. Hoc priuilegium piis cauſis ſingulari iure attribuit Pontifex *in c. relatum.* 11. *X. de teſtam.* conſtituitque, huiusmodi teſtamenta non ſecundum *legem humanam*, ſed *diuinam* diiudicandam eſſe, ex ea ratione, quod negotia et cauſae eccleſiaſticae *huic*, non *illi* ſubiaceant, adeoque ſecundum ſanctionem legis diuinae: *in ore duorum vel trium teſtium ſtat omne verbum*, concludendum ſit, duos vel tres teſtes ſufficere. Quid intenderit Pontifex hac deciſione, non

Valent teſtamenta ad pias cauſas ſine vllis teſtibus.

occultat,

Digitized by Google

occultat, ſed manifeſtiſſime prodit. Eccleſiam ſupponit eſſe independentem a ſocietate ciuili, rempublicam ſuis propriis legibus fulciendam, maximeque iure diuino regendam: libertati eccleſiae aduerſari, ſi legibus ciuilibus illam ſubiicere, quippe *quam Chriſtus ſui ſanguinis pretio redemtam voluit eſſe liberam*, adeoque *eam facere ancillam minime conueniens ſit*, vt GREGORIVS VII. *in PS. poenitent. V*, 9. philoſophatur. Haec ſententia eo tempore tanquam *articulus fidei* laicis obtrudebatur, quoniam, qui aliter ſentirent, rebelles et peruerſarum doctrinarum rei iudicabantur, ſtatum eccleſiae, a Chriſto efformatum, impugnare attentantes. Ne ergo nefandum haereſeos crimen incurrerent, deciſionibus Pontificis, in propria licet cauſa latis, ſtandum, nec permiſſum erat ICtis contra talia teſtamenta pronunciare. Inde in communem praxin hoc privilegium abiit, et adeo altas egit radices, vt nequidem, reformatione facta, de huius reformatione cogitaretur. Non perpendebant ICti proteſtantes, ex quorum ſententiis tamen praxis efformabatur, in hac deciſione latere virus, ſtatui ciuili e diametro aduerſum, tum quia pauciores *ſtatum* eccleſiae *verum* excutere curabant, tum etiam, quia rationes ſibi cerebrinas ex *aequitate* fingebant, ſub quibus has Pontificum ſententias commendarent, et in iudicando obſeruarent, quo iure adhuc hodie vtimur, teſtibus LAVTERBACHIO *ad Tit. de Teſtam. milit.* §. 48. B. STRYKIO *in caut. teſtam. c. XII.* §. 1. CARPZ. *p.* 3. C. 4. *def.* 33. *n.* 3. aliisque, quos allegare non vacat.

Quidam tamen duos requirunt teſtes.

§. X. Dum ergo ſecundum ſententiam Pontificis in praxi receptam, hodie iudicandum eſt, de *mente* quoque eius ſoliciti eſſe debemus. Id potiſſimum hodie in quaeſtione eſt, an ad ſubſiſtentiam horum legatorum ad minimum *duo teſtes* ſint neceſſarii, an vero ſufficiat voluntas aliter declarata, vt de eius certitudine nullum

ſuperſit

Digitized by Google

ſuperſit dubium? Non enim incertas, vagas et dubias coniecturas admittendas cenſemus, multo minus quamcunque ſcripturam, de qua non conſtat, an teſtator illam pro teſtamento habere voluerit, ſed *certitudinem*, et *voluntatem* manifeſtam requirimus, vt circa hanc nullum ſuperſit dubium. Inter eos, qui praeciſe duos teſtes requirunt, principatum tenet B. HARPPRECHT. *Diſſ. de admixt. perſon. extran. in diſpoſit. parent. inter lib. th.* 30. *ſeqq.* et ad ipſam deciſionem Pontificis prouocat, vbi demum, *duobus aut tribus teſtibus adhibitis,* vigor diſpoſitioni tali adiicitur, quae verba neceſſitatem quandam inuoluere videntur. Pergit, ſi intentio Pontificis fuiſſet, etiam aliam, quam quae per duos aut tres teſtes fit, probationem in propoſito admittendi, eum ſine dubio clarius vel ideo locutum fuiſſe, quod illi res fuerit cum iis, qui ſolennia iuris in his diſpoſitionibus adhibenda eſſe cenſuere; nec eſſe reſtringendam hanc diſpoſitionem ad *nuncupatiuum* modum teſtandi; Pontificem generaliter diſpoſuiſſe, et praeterea etiam in aliis quibuscunque teſtamentis duos vel tres teſtes cum Parocho requiſiuiſſe iuxta *c.* 10. *X. de teſtam.* imo eadem quoque ratione, ex iure diuino petita, *in cit. ext.* vſum fuiſſe, nec tamen in his ſolum voluntatis certitudinem ſufficere; ius pontificium eſſe correctorium, adeoque ſtricte interpretandum, eamque ſententiam communi Dd. calculo approbatam eſſe, quorum ingentem numerum *th.* 32. allegat. *Per varia argumenta.*

§. XI. Equidem ſi autoritatibus et praeiudiciis foret certandum, ingentem quoque cohortem, contrariae ſententiae cauſam agentem producere poſſemus, quas TIRAQVELLVS, B. STRYKIVS, COVARRVVIAS *ad c.* 11. *cit.* aliique in medium produxere, quorum ſub clypeo tamen haud pugnabo, ſed ex probabilibus coniecturis rem explicabo. Liquet ex ipſo textu, Pontificem prouocare tum ad *ius diuinum*, tum *ad ſtatuta decretorum.* Ex *iure diuino* *Pontificem nullos requirere teſtes, ex ipſius rationibus colligitur.*

vino adfert vulgatum illud: *in ore duorum* etc. quod vnice, confeſſione omnium, intelligi debet de re dubia adhuc probanda, non cuius veritas aliunde vel ex *confeſſione* vel aliunde manifeſtiſſima eſt. Euidens ergo eſt, teſtes Pontificem deſiderare ſolius *veritatis* gratia, de qua ſi aliunde, veluti ex *ſcriptura*, ſatis caute adornata, conſtat, teſtium depoſitio ſuperuacua eſt. *Decretorum* ſtatuta non alia intelligit, quam quae hinc inde in conciliis de his teſtamentis diſpoſita leguntur, et praxi confirmata ſunt: neque enim in GRATIANI decreto ea de re quid cautum legimus. Cenſuiſſe Patres, oblata piis cauſis *quocunque modo* rata eſſe debere, colligitur ex multis monumentis. In concilio *Lugdun. II. c.* 2. patres ita cenſuere: *quia multae tergiuerſationes infidelium eccleſiam quaerunt collatis priuare donariis, id conuenit inuiolabiliter obſeruari, vt teſtamenta, quae Epiſcopi, Presbyteri ſeu inferioris ordinis clerici, vel donationes aut* QVAECVNQVE INSTRVMENTA *propria voluntate confecerint, quibus aliquid eccleſiae, vel quibuscunque conferre videantur, omni ſtabilitate conſiſtant. Id ſpecialiter ſtatuentes, vt etiamſi quorumcunque religioſorum voluntas aut neceſſitate aut ſimplicitate aliquid a* SECVLARIVM LEGVM ORDINE VIDEATVR DISCREPARE, VOLVNTAS *tamen defunctorum debeat inconcuſſa manere, et in omnibus Deo propitio cuſtodiri.* Solebant quidem *chartae* adhiberi, eaeque teſtibus muniri, vt diplomata antiqua, chartae, et donationes docent, hoc tamen *arbitrarium* erat, imo *ſine vllo chartarum inſtrumento* ſubſiſtebant huiusmodi diſpoſitiones, vt *ex c.* 13. *concil. Aurel. IV.* colligitur. *In Concil. Pariſ. III. c.* 1. fit eorum mentio, qui de facultatibus ſuis *per quaslibet ſcripturas* aliquid contulerant; videlicet ſi *ſine vllo chartarum inſtrumento* diſponerent, ad minimum duo vel tres adhibendi erant teſtes: Si in ſcriptis, *quaelibet Scriptura* ſufficiebat. Adeo enim ab omni

Qui ad conciliorum ſtatuta prouocat et inde explicandus ſit.

Digitized by Google

omni aeuo *oblationes* eccleſiis factae, quibus etiam *legata ad pias cauſas* accenſenda, inuiolabiliter cuſtodiendae et ſeruandae erant, vt quod ipſe ALEXANDER III. innuit, ad *ſubtilitatem legum ciuilium* haud eſſent coarctandae, quam praxin Papa confirmare, non nouum ius introducere voluit.

§. XII. Quae cum ita ſint, euidens eſt, in huiusmodi diſpoſitionibus nihil vlterius deſideratum fuiſſe, quam vt de vltima voluntate *certo et indubitanter* conſtaret. Vrget quidem B. HARPRECHTVS *cit. l. th.* 33. *n.* 8. *ſeq.* Pontificem alios probandi modos vel ideo admittere noluiſſe, quia etiam in aliorum teſtamentis prouocat ad *ius diuinum*, et ad veteris teſtamenti aſſertum: *in ore duorum* etc. et tamen *Parochi et duorum teſtium praeſentiam* praeciſe deſiderat in c. 10. *X. de teſtam.* prout omnes fatentur. Verum in *cit. c.* 11. non tantum ad *ius diuinum*, ſed etiam ad *generalem conſuetudinem* prouocat, qua talia teſtamenta ſubſiſtere affirmat. Non acquieuit in *iuris diuini* ratione, ſed *generalem* potiſſimum *conſuetudinem* eccleſiae allegauit, eamque *rationabilem* eſſe ex ſacris probare voluit. Ideo ergo in teſtamentis aliorum praeciſe *praeſentia Parochi cum duobus teſtibus* erat neceſſaria, quia hanc formam peculiarem, a lege Romana deuiantem, conſuetudo introduxerat, quae aliam probationem haud admittebat. Si enim ſecundum ſolum *ius diuinum* condenda eſſe teſtamenta, Pontifex aſſeruiſſet, Parochi praeſentia minime neceſſaria fuiſſet. Eandem autem *conſuetudinem* non trahit ad teſtamenta *ad pias cauſas* condita, ſed ſimiliter antiquae praxi, quae ſolam *probationem* deſiderat, et iuri diuino, quod teſtes non deſiderat, vbi aliunde adeſt probatio, inſiſtit. Vnde facile etiam declinare poſſumus alias obiectiones, quas B. HARPRECHTVS format, vt euertat argumentum, *vbi ſola voluntatis certitudo deſideratur, ibi qualiscunque probatio ſufficit.*

Reſpondetur obiectionibus B. Harprechti.

Digitized by Google

ficit. Adfert inſtantiam a teſtamento Parentum inter liberos, tempore peſtis condito, et illa ſingulari forma, quae in *l. ſ C. de fideicomm.* occurrit, in quibus non alia *voluntatis certitudo* ſufficit, quam iuxta formam praeſcriptam expreſſa. Hae inſtantiae tamen non eneruant vim noſtri argumenti. In his praeſcripta eſt certa forma voluntatem declarandi, nec *ſola certitudo* ſufficit, quam hic ſufficere ſupra oſtendi. Multo minus ſtringit argumentum a *lege correctoria* deſumptum. Ne quidem Papa corrigere intendit ius Romanum, ſed illud ad haec teſtamenta trahi non poſſe contendit. Statutis decretorum inhaerendum eſſe cenſet, ſecundum quae hac diſpoſitiones omnibus ſolennitatibus ſolutae erant. Nec denique metuendum, hoc modo fraudibus et fallaciis campum aperiri, id quod gratis dicitur, cum non quaſcunque chartas, ſed *indubias, certas et euidentes* admittamus, quae aequalem vim probandi cum duobus teſtibus habent. *l.* 15. *C. de fide inſtrum.* Poſſunt duo teſtes aeque fallere ac charta, et tamen, vbi *ſola probatio* ſufficit, vim probandi in vita ciuili obtinent. Hinc non dubitauit ill. Facult. Iurid. *Menſ. Aug.* 1716. ſecundum hanc ſententiam pronunciare:

Sententia noſtra reſponſo illuſtratur.

Haben unterſchiedliche Zeugen eydlich ausgeſagt, daß der verſtorbene Herr Hauptmann von M. in N. dem Wäyſenhauſe zu Halle 1000. *Rthl.* per fideicommiſſum *beſchieden, und es ſeiner Fr. Mutter, ſo ſein* heres ex aſſe *geweſen, vor ſeinem Ende* declarirt, *auch dieſelbe ſolches vor ihren Ende bekennet, ja noch kurtz vor ihren Abſterben* conteſtirt, *daß es allerdings dabey verbleiben ſolte, und denn dabey gefragt wird:*

Ob nicht die M. Erben gemeldte 1000. *Rthl. nebſt dem* intereſſe morae *dem Wäyſenhauſe abzuſtatten ſchuldig ſeyn?*

Ob

Digitized by Google

Ob nun wohl aus des Herrn Inſpectoris N. *Auſſage* ad artic. addit. I. *erhellet, daß die Fr. Mutter des Herrn Hauptmanns und Erben hiebey* variiret, *und was ſie anfänglich* ratione fideicommiſſi *geſtanden, nachgehends reuociren wollen, alſo keine* conſtans confeſſio heredis *allhier zu finden ſeyn möchte, welche doch denen Rechten nach erfodert wird.*

l. f. C. d. fideic.

§. f. l. d. fideic. hered. in f.

in deren Ermangelung die Leges *verordnen, daß alsdann der Erbe das* iuramentum iudiciale *darüber abſchweren, und ſein Gewiſſen eröffnen müſſe, ſo doch nicht mehr geſchehen kann, nachdem die Fr. Mutter des Herrn* M. *auch verſtorben, und die Auſſage der Zeugen über ſolche der Fr. Mutter des Herrn Hauptmanns* Confeſſion poſt factam reuocationem *nicht zulänglich zu ſeyn ſcheinen will*

per ea quae tradunt RICHTER *decif.* 62. *n.* 20.

HARPRECHT *de remed. l. f. C. de fideic. c.* 8. *th.* 5. *n.* 10. *ſeqq.*

Weil aber dennoch hier eine diſpoſitio ad pias cauſas *vorhanden, welche dergeſtalt priuilegirt iſt, daß dabey weiter nichts als* ſola voluntatis certitudo *erfordert wird,* adeo vt ſi per duos teſtes voluntatis nuncupatiuae declaratio haberi poſſit, illa omnino valeat.

c. 11. *X. de teſtam.*

B. STRYK. *de caut. teſtam. c.* 12. *§.* 1. *ſeqq.*

und obwohl einige praeciſe praeſentiam duorum vel trium teſtium in genere *erfordern,*

LVDWELL *d. vlt. vol. c.* 3. *p.* 349.

FINKELTH. *obſ.* 78. *n.* 31.

dennoch hier ſolches keine Irrung und Zweiffel machen kann, indem die Fr. Inſpectorin ad art. 8. iurato *ausgeſagt, daß der Herr Hauptmann von M. zu ihr geſagt, daß er in ſeinen äuſſerlichen Dingen alles richtig gemacht, und ſol-*

 ches

Digitized by Google

ches halb nach N. *halb aber denen zu* Halle *befindenden Armen zufallen ſolle, welches, daß es* 1000. *Thlr. geweſen, die Fr. Mutter gegen gedachte Zeugen bekannt, ingleichen* I. F. de N. *eydlich ausgeſagt, daß* 2000. *Thlr. denen Armen zufallen, und* 000. *Thlr. dem obgedachten* pio corpori, *die andere* 2000. *Thlr. aber denen Armen zu Halle zufallen ſolten, dabey denn der* Teſtator *bey vollkommenen Verſtande geweſen, und alſo* ratione voluntatis *kein Zweiffel vorhanden, ins beſondere aber dabey zu erwegen, daß der Herr Hauptmann von* M. *ſolches zu ſeiner Fr. Mutter als Erbin geſagt, und ſie ſolches nach ſeinen Todte bekannt, auch conteſtirt, daß ſie demſelben nachkommen wolle, welche* confeſſio *abermahl ſo wohl durch Auſſage des Herrn* Inſpectoris N. ad art. 4. 9. et V. *und deſſen Eheliebſte* ad art. 13. *als Herrn* N. *Auſſage* ad art. 10. et 11. *erwieſen wird, welches* in fideicommiſſo ad pias cauſas *genug ſeyn kann*, cum praeterea ſi heres vltro aperte et ſimpliciter confiteatur, a ſe aliquid relictum eſſe, id omnino praeſtare cogatur.

§. *f. I. de. fideic. hered. in f.*

HARPRECHT *cit. l.* §. 3. *n.* 1. *ſeqq.*

und obwohl die Fr. Mutter nachgehends hiebey neuen Zweiſſel machen, und ihre confeſſion *revociren wollen, bey welchen Umſtänden einige* Dd. praeciſe *das* iuramentum heredis *erfordern, dennoch ſolches allhier keinen Zweiffel operiren mag, da eines theils ſie nachgehends auf dem Todt-Bette ihre vorige Auſſage wieder bekräfftiget, und daß ihres Sohnes Wille wegen des* qu. fideicommiſſi *allerdings erfüllet werden müſſe, conteſtirt, wie der Herr* Inſpector N. ad Art. 1. 2. et 3. *ausgeſagt, andern theils auch* ipſa vltima voluntas *ſchon auſſer dieſen durch* 2 *Zeugen erwieſen werden kann, und auch ſonſt bekannt iſt*, quod ipſa confeſſio extraiudicialis a duobus integrae fidei teſtibus probata plenam vim probandi habeat,

HAR-

HARPRECHT. *cit. l.* §. 8. *n.* 6. *ſeq.*

welches in gegenwärtigen caſu, vbi ſola probatio naturalis deſideratur, *allerdings genug iſt*, *obwohl in andern* legatis *hierbey noch einiger Zweifel nach des* HARPRECHTI doctrin *gemacht werden könnte*, *endlich auch dergleichen* legata ad pias cauſas promptiſſime *gezahlet werden müſſen*, *und wenn ſolches nicht geſchiehet*, *der Erbe nicht allein* ad intereſſe morae praeſtandum, *ſondern auch denen Rechten nach* ad duplum exſoluendum *condemnirt werden kann.*

Nov. 131. *c.* 12. §. 26. *I. de action.*

So erhellet hieraus ſo viel, *daß die* M. *Erben gemeldte* 1000 *Thlr.* cum intereſſe morae *dem obgedachten* pio corpori *in Halle abzutragen ſchuldig ſind etc.*

§. XIII. Inde concludunt 1) ex teſtamento imperfecto, cui clauſula codicillaris ſubiecta, in quo non pia cauſa, ſed alius eſt inſtitutus heres, praetereaque alia legata data, et ita reſpectu horum ſolennia teſtamenti et codicillorum praeſcripta erant neceſſaria, deberi legata *ad pias cauſas*, ſi vel maxime pauciores quam quinque teſtes, vel nulli adfuerint, quia ita ab inteſtato vi adductae clauſulae haec legata pia debentur. MANZ. *in ſpec. iur. commun. voce pia cauſa. n.* 36. COVARRVV. *ad C. cit.* 11. *X. de teſtam. n.* 4. Non vtar argumento *ex l.* 38. *de fideic. libert.* deſumpto, quod minus probat. Dederat teſtator teſtamento imperfecto alumnae ſuae libertatem et fideicommiſſa. Omnia liberi vt heredes ab inteſtato praeſtiterant, quia pater in teſtamento etiam liberos ab inteſtato rogauerat, vt contextus indicat, et praeterea conſtat, fideicommiſſa ex *teſtamento imperfecto* ſoluta repeti haud poſſe. *Libertatis* priuilegium nullibi a nexu legum ciuilium ſolutum eſt, vti haec legata, quae

Ex teſtamento imperfecto debentur legata ad pias cauſas.

Digitized by Google

quae per ſe ſubſiſtere poſſunt, licet alias teſtamentum ita imperfectum ſit quoad alia, vt ne quidem IVRE CODICILLORVM valere queat. Obſtat quidem, quod ex imperfecto teſtamento nec legata vel fideicommiſſa debeantur *l.* 23. *d. leg.* 3. *l.* 11. §. 1. *eod. l.* 29. *pr. qui teſt. fac. poſſ.* et quod non adita ex teſtamento hereditate omnia corruunt. Verum α) hoc facile admitto ex ea ſcriptura, quae ad teſtamentum faciendum parabatur, *eine bloße Charteque* nec tamen perfecta eſt, nihil deberi, quia non conſtat, teſtatorem eam ſcripturam pro teſtamento aut codicillis habere voluiſſe, cum *indubia* voluntas adeſſe debeat. Quid vero ſi ſcriptura perfecta eſt, ſi clauſula codicillaris ei ſubiecta? et defectus tantum adſit in ſolennibus, annon tunc legata *ad pias debentur cauſas?* β) olim legata non aliter ſubſiſtebant, quam teſtamento perfecto, et quamuis γ) fideicommiſſa ab inteſtato quoque valebant, ſi tamen teſtator per *teſtamentum* illa ordinare volebat, nec conſtabat de *animo codicillandi*, valere non poterant, teſtamento deficiente, praeſertim cum et fideicommiſſa non debeantur ex *nuda voluntate*, ſed quinque teſtium numerum deſiderent. Diuerſa eſt ratio *legatorum ad pias cauſas*, quae facilius ſubſiſtere poſſunt, absque adminiculo ſolennitatum, nec hodie ad legum ciuilium ſolennia, vt caetera legata et fideicommiſſa, coarctanda. Collapſo teſtamento caetera quidem teſtamenti capita corruunt, quae *iuris ciuilis* deſiderant autoritatem, quaeque ex *valore teſtamenti* & codicillorum vim accipiunt, adeo vt nec Imperator legata et fideicommiſſa petere poſſit, *l.* 23. *d. leg.* 3. non vero ea, quae per ſe ſubſiſtunt citra teſtamenti vel codicillorum ſolennia. Breuiter, ſi clauſula codicillaris tali teſtamento ſubiecta eſt, quod tantum quatuor teſtibus eſt munitum, valent ſolummodo legata ad pias cauſas, non alia, cum ne quidem reſpectu horum codicillorum requiſita adſint.

§. XIV.

Digitized by Google

§. XIV. Fluit quoque 2) ex hactenus dictis, legata quoque ad pias cauſas valere ex *teſtamento parentum inter liberos* priuilegiato condito. Id multis argumentis in dubium vocat B. HARPRECHT *cit. l.* §. 25. *ſeq.* id quod non potuit non facere, quia duos teſtes ad minimum in *legatis ad pias cauſas* deſiderat, cuius contrarium ſupra adſtruxi. Addit in teſtamento parentum inter liberos, tum *eccleſiam* tum *alia pia corpora* pro perſonis extraneis haberi, quod eo minus dubium videtur, quia ſub extraneis omnes illi in *Nov.* 107. *c.* 1. veniunt, qui ex deſcendentibus non ſunt. Hoc adeo expeditum eſt, vt ne quidem *libertates* ex eo teſtamento ſubſiſtant, quarum tamen magnus fauor eſt, multo minus ergo legata ad pias cauſas ex eo ſubſiſtent, cum libertas et pia cauſa aequiparentur, imo fauorabilior cauſa libertatis, quam piae cauſae dicatur. Verum iam ſupra annotaui, argumentum a libertate ad piam cauſam non eſſe admittendum, maxime in hoc caſu, cum nullibi legatum *libertatis* ſolennibus legis exemptum ſit, ſed aeque vt alia legata quinque teſtes deſideret, quos tamen legatum *ad pias cauſas* haud exigit. Deinde admittere poſſum, piam cauſam inter extraneas perſonas referendam eſſe, ſed non illas, quibus ſine teſtibus nihil legari poteſt. Has vnice Imperatorem excluſiſſe vel inde liquet, quod in *cit. Nov.* 107. *c.* 1. reſpectu earum teſtium copiam deſideret, quod de illis tantum debet accipi, quarum intuitu teſtes in legatis requiruntur. Et quia tempore IVSTINIANI legata ad pias cauſas excepta non erant, admitto, IVSTINIANVM etiam haec in *cit. Nov.* non exegiſſe. Poſtquam vero iure Canonico ſingulari iure excepta ſunt, vt teſtium numerum non requirant, IVSTINIANI diſpoſitio ad hoc ius accommodanda, indeque ei exceptio danda eſt.

Valent quoque legata pia ex teſtamento Parentum inter liberos.

§. XV. Alterum priuilegium legatis ad pias cauſas tributum occurrit *in c.* 4. *de ſepulturis in* 6. vbi filiisfam. pro anima ſua legare conſenſu patris permittitur. *Quamuis au-*

Filiusfamilias etiam ad piam cauſam diſponere poteſt.

tem filiusfam. absque Patris aſſenſu ſibi poſſit libere eligere ſepulturam, pro anima tamen ſua (niſi peculium caſtrenſe, aut quaſi habeat) aliquid iudicare non poteſt. Addunt adhuc alii, in genere iure ciuili inhabiles ad pias cauſas diſponere poſſe, tum quod CONSTANT. *L.* 1. *C. de SS. Eccleſ.* ſine diſcrimine *vnicuique* licentiam hanc conceſſerit, tum quod legata ad pias cauſas *in c.* 11. *diſpoſitioni iuris ciuilis exemta ſint.* vid. RICCIVS *in praxi aurea in part.* 4. *reſ.* 89. Equidem quod ad filiosfam. attinet, ex adducto textu liquet, quod cum conſenſu patris *pro anima ſua* diſponere poſſint, de aliis vero idem dicendum non videtur, vt recte WIESTNERVS *in Inſtit. Canon. ad Tit. X. de teſtam. n.* 21. docet. Sane argumentum *ex l.* 1. *cit.* contrariae ſententiae non fauet, quod de *vnoquoque* habili intelligi debet, multo minus argumentum ex *cap. cit.* 11. ſtringit, quod vnice ſolennia remittit, quoscunque autem, etiam inhabiles, ad teſtandum non admittit. Quod ſi id Pontifex quoque intendiſſet, BONIFACIVS VIII. *in cit. c.* 4. ſimpliciter filiosfam. ad diſponendum pro anima admiſiſſet, in quo actu tamen Patris aſſenſum requirit.

Non ſubiecta ſunt haec legata detractioni Falcidiae.

§. XVI. Tertium priuilegium concernit detractionem Falcidiae, quod fundatum eſt *in Nov.* 1. *c.* 132. his verbis: *Si autem heres, quae ad pias cauſas relicta ſunt, non impleuerit, dicens, relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta; praecipimus omni Falcidia vacante quicquid inuenitur in tali ſubſtantia proficere prouiſioni ſanctiſſimi locorum Epiſcopi ad cauſas, quibus relictum eſt. Si autem legatum ab aliquo ad pias relinquitur cauſas, iubemus intra ſex menſes ab inſinuatione teſtamenti numerandos, hoc modis omnibus praeberi, quibus relictum eſt.* Iure veteri etiam, quod Deo legatum erat, Falcidiae ſubiacebat, *l.* 1. §. 5. *ad L. Falcid.*

Et quidem indiſtincte.

adeoque quod in verbis adductis cauetur, ad iura recentiora referendum eſt. Id autem potiſſimum in quaeſtione eſt,

Digitized by Google

eſt, vtrum *ſimpliciter* detractio L. Falcidiae in his legatis ceſſet, an vero eo demum caſu, ſi heres in mora praeſtandi illa fuerit? Poſterius CVIACIO *in expoſit. Nov.* 131. placuit, et ita quoque BALSAMONEM Iuſtiniani ſententiam accepiſſe ait, vt heres non fruſtrator etiam emolumento Falcidiae gaudeat. Quicquid vero BALSAMON ſuo tempore cenſuerit, non huius, ſed IVSTINIANI ſententia perpendenda eſt. Sane ex nullo indicio liquet, de caſu *morae* IVSTINIANVM tantum diſpoſuiſſe, cum in *cit. Nov.* 131. *c.* 12. de caſu morae demum in ſubſequente periodo, *ſi autem diſtulerit*, diſponatur, prima autem periodus etiam de caſu, vbi nulla mora eſt, commode accipi queat. Supponit Imperator caſum, vbi heres ad pias cauſas relicta ideo implere recuſat, quia allegat, relictam ſibi ſubſtantiam ad iſta non ſufficere. Haec exceptio eo tempore omnino legitima erat, quia ante hanc Nov. piis cauſis hoc priuilegium datum non erat. Iuſtiſſime ergo praeſtationem legati declinare poterat, exceptione legis Falcidiae oppoſita, quae ius *retentionis* heredi praebebat, adeoque moram omnem impediebat, quia, qui iure *retentionis* vtitur, in mora eſſe non videtur. Illam ergo expoſitionem nouo prorſus iure amputandam eſſe cenſuit Imperator, vt ſimpliciter ſine detractione quartae talia legata praeſtanda ſint, prout optime declarat DN. PAGENSTECHER *in ſiciliment. manip.* 3. *p.* 292. Sane ſi de caſu morae tantum diſpoſuiſſet Imperator, non opus fuiſſet in ſubſequente periodo: *Si autem diſtulerint*: de nouo illud exprimere. Proinde etiam *Authent. ſimiliter. C. ad L. Falcid.* indiſtincte detractionem Falcidiae in legatis ad pias cauſas excludit, imo diſſentientes ipſimet fatentur, *in praxi* quoque eandem obſeruari ſententiam. vid. B. STRYK. *in caut. Teſtam. c.* 22. *membr.* 3. §. 1. *in fin.*

Digitized by Google

Quandoque tamen detractioni locus.

§. XVII. Plures tamen aſſerunt limitationes, quibus hoc priuilegium legatis ad pias cauſas denegant, quas congeſſit ANDR. TIRAQVELLVS *de priuil. piae cauſae, priuil.* 26. quas paucis examinabo. Primus caſus eſt, ſi adhuc ignoratur, vtrum ad piam cauſam legatum perventurum ſit, vtpote ſi Titio Bibliotheca legata cum onere illam reſtituendi Academiae, ſi ſine liberis deceſſerit. Pendente hac conditione detrahi reſpectu Titii poteſt Falcidia, vt tamen heres caueat de reſtituendo eueniente conditione quod detraxit, *argumento l.* 45. *in fin. ad L. Falcid.* Quamuis enim immediate hoc legatum non Eccleſiae ſeu piae cauſae, ſed Titio relictum ſit, quia tamen eueniente conditione piae cauſae reſtituendum eſt, per indirectum haec ſuum priuilegium amitteret, ſi detractio facta haud reuocari poſſet. Alter caſus eſt, ſi aeque pia cauſa heres inſtituta fuerit, cum priuilegiatus contra priuilegiatum non vtatur priuilegio ſuo, vbi par priuilegiatorum eſt conditio. Accedit, quod hoc priuilegium ideo datum ſit piae cauſae, vt eius commodis pleniſſime proſpiceretur, qui finis etiam obtinetur, ſi pia cauſa heres inſtituta quartam detrahit, cum et hoc emolumentum lucro piae cauſae cedat. Tertius caſus eſt, ſi etiam detracta Falcidia voluntas defuncti commode impleri poſſit, vtpote ſi ad certum et definitum vſum, forſan ad capellam extruendam quid legatum eſt, et detracta etiam Trebellianica tantum adhuc ſupereſt, quantum ad eius extructionem ſufficit. Sed de hoc caſu merito dubito, cui generalis fauor piae cauſae, qui hoc priuilegium produxit, reſiſtit, nec praeterea generali iuris diſpoſitioni conueniens eſt. Quartus caſus eſt, ſi omnia legata coniunctim ſumpta exſuperent vires patrimonii, quo caſu ab omnibus legatis et ſic etiam ad pias cauſas relictis illud detrahendum eſſe cenſent, quod non adeſt, et poſtea demum quartam a reliquis legatis ad non piam cauſam relictis, de quo caſu tamen rur-

Digitized by Google

rurſus dubito. Fac enim teſtatorem, deductis deducendis, in bonis habere mille thaleros, et ad 1200. legata, et inter haec eccleſiae 100. reliquiſſe, huic integra centum debentur, et reliquis tantummodo id, quod ad ſupplendam quartam heredi deeſt, detrahendum, quo ipſo ſimul detrahitur, quod in hereditate non adeſt, vt tamen heredis detrimento cedere debeat, quod a legato ad piam cauſam detrahere nequit. Vltimus caſus eſt, ſi heres in teſtamento expreſſe detractionem Falcidiae etiam quoad legata ad pias cauſas heredi permiſit; quod admitto, cum qui lucrum ex teſtamento capit, voluntatem quoque defuncti agnoſcere teneatur.

An Trebellianicae detractioni locus ſit in fideicommiſſis piis vniverſalibus.

§. XVIII. Vtrum vero hoc priuilegium etiam ad Trebellianicam trahi poſſit, veluti ſi quis grauatus ſit poſt mortem ſuam hereditatem eccleſiae reſtituere, non adeo liquidum eſt, vt patet ex illis, quae hac de doctrina tradit TIRAQELLVS *priuil.* 27. vbi tandem concludit, idem priuilegium etiam in Trebellianica obtinere ex communi Dd. ſententia in praxi recepta. Eandem ſententiam defendit CARPZ. *L.* 6. *reſp.* 25. ex his rationibus, 1) quod Trebellianica ad *exemplum et imitationem Falcidiae* introducta ſit, et ſic appellatione Falcidiae etiam Trebellianica contineatur *L.* 8. §. 11. *de inoffic. teſt.* 2) Quod fideicommiſſi maior quam legati fauor habeatur, adeoque ſi legata *ad pias cauſas* detractioni non ſubiacent, multo minus quoque fideicommiſſa vniuerſalia. 3) Quod cum Iuſtinianus *in Nov.* 1. Falcidiam pariter et Trebellianicam prohiberi permiſerit, credi etiam debeat, teſtatorem in fideicommiſſo vniuerſali eam tacite prohibuiſſe. In negatiuam alii abeunt per *c.* 1. *de teſt. in* 6. vbi BONIFACIVS VIII. tantum detractionem Trebellianicae in *directa* ſeu *pupillari ſubſtitutione* locum habere cenſet, ex quo a contrario ſenſu inferunt, deductioni Trebellianicae locum eſſe, ſi ſubſtitutio fideicommiſſaria

miſſaria ad piam cauſam facta eſt. Verum hoc argumentum non eſt ineuitabiliter ſtringens, vt IASON exiſtimauit, partim quod vis argumentandi a *contrario ſenſu* non ſtringat infallibiliter, partim quod verba citati textus non de *Trebellianica proprie dicta*, ſed de *legitima* potius intelligi debeant, prout Pontifex ipſe declarat his verbis: *Absque deductione Trebellianicae ſine partis iure Naturae debitae facienda, ipſis pauperibus bona omnia deferuntur.* In ſeqq. hoc declarat, et ſibi hanc obiectionem, *quod matri tamen legitima debeatur*, format, eamque ita reſoluit: *Licet autem filius teſtamento ſuo matrem portione iure naturae debita priuare non poſſit: Pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt.* Ex quibus verbis liquet, ſub appellatione Trebellianicae *legitimam* intellectam fuiſſe, eodem modo, quo *in l.* 5. §. 3. *C. ad L. Iul. Maieſt.* ſub nomine *Falcidiae* venit. Quae cum ita ſint, priuilegium Falcidiae datum, etiam Trebellianicae datum cenſet, cum admodum probabile ſit, IVSTINIANVM idem in Trebellianica hoc caſu diſponere voluiſſe, quod in Falcidia diſpoſuit, quae res effeciſſe dicitur, vt hanc ſententiam in praxi plerique Dd. praeſertim recentiores, ſequantur, teſtibus HARPRECHTO *de iure deducendi duas quartas* §. 106. LAVTERB. *ad T. ad SCtum Trebell.* §. 39. SCHILT. *exercit.* 40. §. 28.

Affirmatiua ſententia contra Carpzouium defenditur.

§. XIX. Quamuis vero ex *cit. c.* 1. nullum validum deduci poſſit argumentum, non tamen omnis ratio dubitandi eſt ſublata. Saltim nec CARPZOVII argumenta ſtringunt. Ratio prima per inſtantiam euertitur, quod ipſa *legitima* nonnunquam dicatur *Falcidia* et *Trebellianica*, non tamen ab his ad illam in hoc caſu argumentum trahi queat, quod ipſe HARPRECHTVS fatetur. Ratio ſecunda omni fideicommiſſo non competit, dum non raro fideicommiſſa odioſa dicuntur, prout interpretes obſeruant, FVSARIVS

qu.

Digitized by Google

qu. 290. KNIPSCHILD. *de fideicommiſſ. fam. c.* 7. *n.* 81. HARPRECHT. *Conſ. I. n.* 50. et tantum fideicommiſſa familiae inter fauorabiles cauſas referuntur, praeterea non omne, quod quodam *fauore* gaudet, nouis muniendum eſt priuilegiis praeter legis determinationem. Vltimae rationi ipſemet CARPZOVIVS parum fidit; cum ipſemet *lib.* 6 *reſp.* 60. doceat, prohibitionem Falcidiae et Trebellianicae tacite fieri non poſſe, ſed expreſſam et indubitatam voluntatis certitudinem deſiderare. Accedunt vero vlterius hae rationes, α) quod Trebellianica nullibi in fideicommiſſis vniuerſalibus ad pias cauſas prohibita ſit, et ſic regulae tamdiu ſtari debeat, donec contrarium doceatur, praeſertim cum priuilegium in vno caſu introductum ad conſequentiam non ſit trahendum, et aliunde conſtet, Trebellianicae et Falcidiae non vbique eadem eſſe iura. β) Quod etiam non deſint rationes, propter quas IVSTINIANVS idem, quod in Falcidia ſtatuerat, ad Trebellianicam extendere noluerit. In legatis ad *pias cauſas* heredi adhuc ſalua eſt detractio quoad reliqua legata extraneis relicta, adeoque ſine hereditario commodo hereditatem non adit; in fideicommiſſo vniuerſali aliud obtinere videtur. Vel enim iſtud heres ſtatim reſtituere piae cauſae tenetur, vel, quod vt plurimum fit, poſt mortem ſuam. Priori caſu ſi Fiduciarius Trebellianicam non detraheret, heres *nomine nudo*, non re ipſa eſſet; et ne obulum quidem ex hereditate percipere poſſet, quod teſtatoris intentioni vix videtur conforme, cum, qui heredem eſſe vult, cum effectu id voluiſſe videtur. Poſteriori caſu rarius detractioni locus erit, quod fructus percepti in Trebellianicam imputentur, quae vt plurimum quartam exhauriunt. Nec de *liberis* aliud dicendum arbitror: nam ſi ſtatim reſtituere hereditatem eccleſiae iuſſi ſunt, (quorſum etiam pertinet, ſi pater praeterito filio eccleſiam heredem inſtituit, ſubiecta clauſula codicil-

lari,

Digitized by Google

lari, cuius virtute filius ab inteſtato fideicommiſſo grauatus cenſetur) legitimam tantum detrahunt, cui Trebellianica iam ineſt; ſi poſt mortem ſuam, vtramque quidem detrahunt, ſed in Trebellianica fructus hodie imputari debent, ſecus ac olim, quo Trebellianicae ipſa inerat legitima. *l. 6. C. ad SCt. Trebell.*

In caſu morae duplum praeſtandum. §. XX. Quartum priuilegium indubitatum eſt, quod ei tribuit Imperator in caſu *morae* et *inficiationis*. Equidem de caſu morae *in Nov.* 133. *c.* 12. haec cauentur: *Si autem diſtulerint, qui in hoc onerati ſunt, huiusmodi praebere legatum, et fructus et vſurae et omne legitimum exigatur augmentum a tempore mortis eius, qui hoc reliquit.* Verum hoc quoque in caeteris legatis iuris eſt, nec ius ſingulare continet. Id autem merito inter priuilegia eius refertur, quod traditur §. 19. *I. de action.* Ait Imperator: *Item miſta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis eccleſiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommiſſi nomine dare diſtulerint, vsque adeo, vt etiam in iudicium vocarentur, tunc enim et ipſam rem vel pecuniam, quae relicta eſt, dare compelluntur, et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum eius fit condemnatio. conf. l.* 46. §. 7. *C. de Epiſc. et Cler.* Mora ergo extraiudicialiter contracta non ſufficit, ſed iudicialiter contracta ad hunc effectum, vt duplum peti poſſit, deſideratur. Quamuis vero de praxi actionum *mixtarum* dubitent, et de plurimis forſan admitti poſſit, quod magis hodie *criminaliter* quam *ciuiliter* agatur, et plerumque delinquens poenam dupli vel quadrupli ſoluere non poſſit, ad hunc tamen caſum facilius applicari poteſt, quod heres ſatis idoneus ſit, vt ex bonis defuncti duplum ſoluere teneatur. Similiter in caſu *inficiationis* creſcit in duplum *per* §. 7. *de oblig. quae quaſi ex contract. naſc.* §. 23. *I. de action.* Praeterea etiam indebitum ſolutum non repetitur iuxta regulam in §. 7. *c.* poſitam: *ex quibus cauſis inficiando lis creſcit,*

Digitized by Google

creſcit, ex iis cauſis non debitum ſolutum repeti non poteſt. Hanc regulam tam generaliter intelligere ſolent, vt etiam conditionem in legatis his excludant, ſi vel maxime nulla interuenerit inficiatio. Aiunt, qui hoc caſu ſoluit indebitum, non tam indebitum ſoluiſſe, quam de dubio litis euentu, qui in duplum creſcere poterat, transegiſſe videtur, quae ratio merito HVBERO *ad cit. tit.* §. 12. obſcura videtur. Quem enim dubium litis euentum expectare potuit, qui haud inficiatus eſt, ſed aliam probabilem litigandi cauſam habuit, vt ne quidem in mora fuiſſe dicendus ſit? Qui ſoluit hoc caſu legatum, potuit etiam ſine omni iudicio et contentione ſoluere, imo ſtatim adita hereditate id praeſtare ſine vlla mora et inficiatione, vbi nullum periculum dupli ei imminebat. Quis vero aſſereret, heredem ſoluentem legatum transegiſſe, qui nullam litem nouit, ſed iuſto errore ductus putauit, plus, quam reuera eſt, eccleſiae legatum fuiſſe. Fac, in teſtamento eccleſiae legatos eſſe mille thaleros, promptum eſſe heredem in ſoluendo, praeſtare ſtatim legatum integrum, poſt paucos dies reperire codicillos, in quibus eccleſiae 500. thaleri detracti ſunt, quis diceret, ſoluentem hoc caſu transegiſſe nec poſſe condicere? Quin potius dicendum eſt, tunc demum heredem condictionem indebiti amittere, ſi inficiatus eſt legatum, poſtea autem conuictus et in duplum condemnatus, plus per errorem ſoluerit, quam, quod debebat, quo caſu in poenam *inficiationis*, id quod indebite ſoluit, haud repetit. Hoc modo intellecta IVSTINIANI diſpoſitio excuſari poteſt ab omni iniquitate, quia mendax nullo fauore dignus eſt, ſed merito etiam hodie puniendus, ne ſimus mitiores in tolerandis mendaciis, quam Romani.

§. XXI. Quintum priuilegium iis tributum eſt *in l.* 28. *et l.* 46. 49. *C. de Epiſc. et Cler. et Nov.* 131. *c.* 11. vi cuius executio huius legati commiſſa eſt Epiſcopis illius loci, ex quo *Executio bonorum legatorum commiſſa eſt Epiſcopis.*

quo teſtator ortum traxit, ſi *teſtamentarii* executores deficiant, quorum eſt exigere, quod piae cauſae relictum eſt, et pium defuncti propoſitum ſine vlla cunctatione implere. *In omnibus*, ait Imperator, *in Nov.* 131. *c.* 11. *talibus piis voluntatibus ſanctiſſimos locorum Epiſcopos volumus prouidere, vt ſecundum defuncti voluntatem vniuerſa procedant, licet praecipue a teſtatoribus aut donatoribus interdictum ſit eis, habere ab hoc aliquid participium. Conf. Authent. licet. C. de Epiſc. et Cler.* Conſtat ex antiquitatibus eccleſiaſticis, Epiſcopos exemplo Apoſtolorum, qui in eccleſia Hieroſolymitana curam bonorum, pauperum vſibus deſtinatorum, gerebant, adminiſtrationem bonorum eccleſiaſticorum olim habuiſſe, et ſibi praecipuam curam pauperum, miſerabilium perſonarum, et eorum, qui in captiuitate ſunt, vindicaſſe. Ait IVSTINVS Martyr *in Apol.* 2. *in fin. qui copioſiores ſunt et volunt, pro arbitrio quisque ſuo, quod viſum eſt, contribuunt, et quod ita colligitur, apud praepoſitum deponitur: atque ille inde opitulatur pupillis et viduis, et his, qui propter morbum aut aliquam aliam cauſam egent, quique in vinculis ſunt, et peregre aduenientibus hoſpitibus, et vt ſimpliciter dicam, indigentium is omnium curator.* Hinc nihil conuenientius erat, quam Epiſcopo horum legatorum, quae vel in redemtionem captiuorum, vel in alium vſum pium relicta ſunt, executionem demandare, vt nec teſtator eam illis adimere poſſit, niſi ipſemet alios dederit executores. Idem confirmat GREGORIVS IX. *in c. VI. X. de teſtam. cum in omnibus piis voluntatibus ſit per locorum Epiſcopos prouidendum, vt ſecundum defuncti voluntatem vniuerſa procedant, licet etiam a teſtatoribus id contingeret interdici, mandamus, quatenus executores teſtamentorum huiusmodi, vt bona ipſa fideliter et plenarie in vſus praedictos expendant, monitione praeuia compellas.* Imo licet Epiſcoporum officium executoriale

Qui etiam

ceſſare

Digitized by Google

inſpectionem habent in teſtamentarios executores.

ceſſare videatur, teſtamentariis datis executoribus, non tamen in totum ceſſat, ſed adhuc prouidere debent, vt hi quoque non deſint officio ſuo, alioquin amittunt omne lucrum, quod eis intuitu huius officii eſt relictum. Ita accipio verba *citat. Nov.* 131. *c.* 11. *Si autem, qui hoc facere iuſſi ſunt*, executores ſcilicet teſtamento conſtituti, *ſemel aut ſecundo a beatiſſimo locorum Epiſcopo, aut eius oeconomis per publicas perſonas admoniti diſtulerint, quae diſpoſita ſunt et implere iubemus, eos omne lucrum relictum eis, ob officium, quod in executione gerunt, ab eo, qui hoc praeceperit, amittere, et locorum Epiſcopos omnes res cunctis piis cauſis diſtributas cum fructibus et augmentis medii temporis, et memorato lucro vindicare.* Non de hereditate integra heredi auferenda hic ſermonem eſſe, vel inde patet, quod ſpeciatim *lucri*, quod executoribus pro praeſtita opera relinqui ſoleat, mentio fiat, eiusque priuatio negligentibus decernatur. Quomodo autem contra *moroſos heredes* procedi debeat, indigitatur *cit. Nov. c.* 12. et ſpeciatim *in l.* 46. *C. de Epiſc. et Cler.* ſpecialiſſime determinatur, quale officium Epiſcoporum hoc caſu eſſe debeat, quae omnia *ex cit. l.* excerpere non vacat.

Magiſtratus eccleſiaſticus pro conſeruando hoc legato ex officio ſollicitus eſſe debet.

§. XXII. Ex quibus iuris diſpoſitionibus et illud fluit, 1) Epiſcopum, ſeu iudicem eccleſiaſticum, et apud Proteſtantes Conſiſtoria, pro *conſeruatione* et *executione* legati pii *ex officio* vigilare et laborare debere, vt, nemine etiam agente et poſtulante, Conſiſtorium citationes decernere, et cauſa cognita, vt in criminalibus, rem decidere poſſit, vt recte cenſuit TIRAQVELLVS *cit. tr. priuil.* 157. et inprimis diſpoſitio *l. cit.* 46. confirmat. 2) Etiam *magiſtratum ſecularem* pro horum legatorum conſeruatione *ex officio* vigilare debere. Tam ſolliciti fuere olim Imperatores pro legatorum piorum executione, vt etiam hoc munus cuicunque Magiſtratui demandauerint, *l.* 28. *in f. C. de Epiſc.*

Vt et ſecularis.

 et

Digitized by Google

et Cler. cum olim ſane haec *pia liberalitas*, vt vocatur *in l.* 46. §. 6. *eod.* ad vſus vere pios applicata fuerit. Ita cenſuit etiam *ill. Facult. Iurid. menſ. dec.* 1711. in caſu, quo ſuper legato in vſus viduarum pauperum relicto controuerſia coram Magiſtratu erat mota, et hic pronunciauerat, ſortem ipſam in iudicio deponendam eſſe, id quod reo, qui ſortem hanc per iniuriam hactenus detinuerat, admodum graue videbatur, et ita interpoſita leuteratione ſententiam reformatoriam, ſed fruſtra, ſperauerat. Rationes decidendi erant ſequentes:

Ob wohl Beklagter ſich dadurch gravirt zu ſeyn vermeinen wollen, daß er 1) zu Bezahlung des Röſſl. Legati *von* 100. *Gülden, nebſt denen von* Anno 1692. *verfallenen Zinſen dergeſtalt condemnirt ſey, daß er ſolche in die Gerichte lieffern müſſen, da doch die Klägerin kein* Fundamentum agendi *habe, und ſich in der* Anno. 1692. *gemachten* Caution *nicht gründen könne, als welches ein* Inſtrumentum inter alios initum *ſeye, er ſich auch darinnen nicht obligirt, daß er einer Wittben ſolche* 100. *Rthlr.* reſtituiren *wolle, daher das Gerichte ſolche* 100. *Rthl. vor ſie nicht* in depoſitum *nehmen könne.* 2) *Daß der Eyd nicht deferirter maſſen* in ſententia *exprimirt, wobey er ſich doch erklärt, daß er nunmehro nicht über* 86. *Gülden, ſondern* 50. *Thlr. zu ſchweren bereit ſey.* 3) *Daß die* Edition *des Röſſl. Teſtaments ihm auferleget ſey, da er doch nicht* Teſtamentarius *ſey, auch ſolches nicht in Händen habe. Dieweil aber dennoch aus dem* ad Acta *gegebenen Schein* de Anno 1692. *deutlich erhellet, daß N. die Röſſl. Legat-Gelder vor ſeine Mutter, als damahlige Wittbe, empfangen, auch ſolche nach ihrem Tode zu reſtituiren verſprochen, und, daß ſolches* Capital *zum Unterhalt nothdürfftiger Wittben conſtituirt ſey, nicht in Abrede ſeyn kan, mithin allhier ein* Legatum ad pias

caſas

cauſas *verhanden*, cuius conſeruatio magiſtratui quoque incumbit,

arg. l. 28. *in f. et l.* 46. *et* 49. *C. de Epiſc. Nov.* 131. *c.* 11.

adeoque magiſtratus etiam ex officio ad obſequium vltimae voluntatis compellere poteſt debitores.

l. 46. *cit. l.* 50. *in f. de hered. pet. c.* 19. *de teſtam. Oldend. de exec. vlt. vol.* §. 7.

Welches allhier um deſto mehr zu attendiren, da noch nicht ausgemacht, ob N. Teſtamentarius *ſey, und alſo* ad inſtantiam *der Klägerin der* Magiſtratus *den Bekl. und Leuteranten wohl anhalten und condemniren möge, die Legat-Gelder* cum vſuris *in die Gerichte zu legen,*

Clem. un. de Teſtam.

Lauterb. de exec. vlt. vol. c. 9. *n.* 159.

welches auch ſo gar nemine vrgente ex officio *geſchehen mögen.*

Idem cit. l. n. 167.

Mithin es allhier nicht darauf ankommt, ob die Klägerin ein Fundamentum agendi *habe, oder nicht, welches ſich nachgehends, wenn das* Teſtamentum *edirt iſt, ſchon finden wird, etc. ſo hat geſchehener maßen erkannt werden müſſen.* 3) Quoscunque, qui quocunque modo horum legatorum notitiam acceperunt, magiſtratui deferendi liberam habere facultatem; *nec*, addunt Imperatores in *l.* 28. *in f. C. de Epiſc. et Cler. delatoris nomen, ſuſpicionemque formident, cum fides atque induſtria eorum tam laude, quam honeſtate, ac pariter pietate non careat, cum veritatem in publicas aures lucemque deduxerint.* Habetur ergo cauſa horum legatorum *publica*, in qua denunciatio cuilibet integra eſt, quin 4) ad inſtar *popularis actionis* cuius de populo permiſſum eſt, de his legatis exequendis et conſeruandis agere. Ait IVSTINIANVS in *l.* 46. §. 6. *C. de Epiſc. et Cler. cuicunque ciuium licentia erit idem facere, cum ſit* eadem

Quilibet ex populo ius deferendi haec legata habet.

Imo etiam agere.

Digitized by Google

eadem communis pietatis ratio, communes et populares decet etiam affectiones conſtitui harum rerum executionis, habituro vnoquoque licentiam ex noſtra hac lege mouere ex lege condictitiam et poſtulare relicta adimpleri. Idem repetiit IVSTINIANVS in *Nov.* 131. *c.* 1. *in f.* aiens: *omni alii licentia ſit, huiusmodi mouere quaeſtionem et ſtudere, vt modis omnibus cauſae piae compleantur.* 5) Inde quoque in *Clem. vn. de teſtam.* porro cautum eſt, vt locorum ordinarii, quales ſunt Epiſcopi, a quibuscunque religioſis etiam exemptis de ſuſcepto executionis officio teneantur reddere rationes, quamuis alias *ordinarii* in exemptos nullam exercere poſſunt iurisdictionem. Denique 6) ſi Epiſcopi animadverterint, adminiſtratores horum legatorum peſſime in iis verſari, integrum eis eſt, eosdem expellere, et alios inſtituere, cum ſint conſtituti, vt adminiſtrationem eorum inſpiciant et obſeruent, *l.* 46. §. 3. *C. de Epiſc. et Cler.* id quod in noſtris terris *Conſiſtorio* incumbit.

Inſpectio in adminiſtratores Epiſcopo; demandata.

Quomodo contra moroſos heredes procedatur?

§. XXIII. Hactenus de *executoribus:* pergo ad *heredes,* quibus implementum ſimpliciter iniunctum eſt, non datis executoribus. Equidem iam ſupra monitum eſt quomodo cum *moroſis heredibus* procedi queat, quibus etiam illud addo *ex l.* 46. §. 4. *C. de Epiſc. et Cler.* quod mora in his legatis *ipſo iure* contrahatur, quoad effectum vſurarum aliarumque acceſſionum, etiam ſine interpellatione ſtatim a tempore mortis, id quod tamen ad alia *nomina eccleſiaſtica* trahi non poſſe oſtendit PRAESES *in Diſſ. de nomin. eccleſ. c.* 1. §. 29. Praeterea quoque grauior poena imminet heredi ex *c.* 6. *X. de teſtam.* vbi ita cautum: *Si heredes iuſſa teſtatoris non adimpleuerint, ab Epiſcopo loci illius omnis res, quae his relicta eſt, canonice interdicatur, cum fructibus et ceteris emolumentis, vt vota defuncti impleantur.* De *legatis ad pias cauſas* in hoc *c.* ſermonem eſſe, recte animaduertit GONZALEZ *ad cit. text. in* 6. tam quod *voto-*

rum

Digitized by Google

rum defuncti hic mentio fiat, tam etiam quod Epiſcopo hic deferatur executio, quae non in aliis, quam in *legatis ad pias cauſas* ei demandata eſt. Caeterum videntur Patres concilii Moguntinenſis reſpexiſſe ad *Nov.* I. *c.* I. ſecundum quam generatim heredi, quia adiit hereditatem, et ſaepe monitus per integrum annum legata quaecunque praeſtare recuſat, aufertur hereditas, eique aſſignatur ex legatariis, et fideicommiſſariis, qui vltimam voluntatem defuncti adimplere paratus eſt. Hunc enim ſenſum *Nov. cit.* eſſe, optime et ſolide declarauit LAVTERB. *diſſ. de teſtam. deſtit. m.* 3. Voluere ergo Moguntinenſes Patres, vt Epiſcopus inprimis legatorum piorum curam haberet, et intuitu horum, quae per integrum annum praeſtare neglexit, hereditatem ei cum omni commodo auferat, et eccleſiae addicat, voluntatem in reliquis adimpleturae. Hanc praerogatiuam dederunt Epiſcopo, vt ille prae aliis legatariis et fideicommiſſariis poſſit praetendere, vt ſibi hereditas addiceretur, quo iure etiam alias illi, quorum inprimis intereſt, vti poſſent.

§. XXIV. Sextum priuilegium concernit *legata pia annalia*, de quibus agitur *in l.* 46. §. 9. *C. de Epiſc. et Cler. et Nov.* 131. *c.* 12. *verſ. Si autem annale;* atque huc pertinent potiſſimum *die Stiftungen*, quae ad certum vſum ſunt relicta, v. c. *Memoriengelder*, *Präſentiengelder*, potiſſimum relictae in *memoriam teſtatoris perpetuam*, vt anniverſarium ipſius ſolenne celebretur, et conuenientes clerici lucrum inde perciperent. vid. MABILLON *tom.* 2. *analect. p.* 560. 567. 570. 572. 576. *ſeqq.* 593. Hoc legatum perpetuum eſſe iubet Imperator *in cit. l.* 46. vt nulla tranſactio vel redemptio eius valeat, *neque enim*, ait Imperator, *perpetua defuncti memoria, ob quam et annuum hoc reliquit, conſeruabitur, ſed ſtatim extinguetur vna cum ipſa relictorum interiens alienatione.* Vtplurimum pia quaedam

Legata annalia pia ſunt perpetua.

dam ambitio in huiusmodi legatis latitat, vt quotannis teſtatoris liberalitas pia referatur, celebretur et euehatur, et tamen piam illam eſſe, ex quadam hypocryſi cum IVSTINIANO dicimus. Adeo vero annalium alienatio eſt prohibita et irrita, vt adminiſtratores locorum piorum licentiam habeant, illa *perſequi, et exigere ipſa, nulla temporis praeſcriptione opponenda ipſis, cum per vnumquemque annum talis naſcatur actio per cit. l.* 46. §. 9. Paradoxa haec eſſe arbitror, niſi ea *fauor piae cauſae* Imperatori extorſerit. Noui legata annua templis vel clericis relicta eſſe *perpetua, l.* 6. *l.* 20. *in f. de annuis leg. l.* 24. *eod.* in quo differunt ab vſufructu eis legato, ad centum annos tantum durante, *l.* 8. *de vſ. et vſufr. leg.* interim tamen inde minime fluit, praeſcriptione nulla talia annalia perpetua tolli poſſe. Etiam vſusfructus ciuitati relictus *non vſu* amittitur, *l.* 66. *in f. de leg.* 2. et ſeruitutes reales, quae ſua natura *perpetuae* ſunt, *non vſu* exſpirant. Equidem ex natura *annui* rationem decidendi petunt, quod annua legata ſint *plura*, et ſingulorum annorum ſeparata petitio et actio, *l.* 4. *l.* 11. *D. de ann. leg.* vt ſingulorum annorum debitum quoque peculiari indigeat praeſcriptione, quod ipſe Imperator in *cit. l.* 46. his innuit verbis: *cum per vnumquemque annum talis naſcatur actio.* Verum haec ratio *in annalibus legatis perpetuis* plane eſt incongrua. *In temporalibus quae ad vitam legatarii* durabant, vel ideo recepta erat, quia vitae terminus incertus, et ſic de annuis futurorum annorum non conſtabat, vtrum effectum eſſent habitura, nec ne? Primi ſeu praeſentis anni debitum *purum* erat, ſeu eius dies ceſſerat, ſequentium *conditionale*, vtpote quibus inerat conditio, *ſi legatarius vixerit:* conditionale autem debitum non eſt proprie debitum, nec eius praeſcriptio ante exiſtentem conditionem initium capere poteſt. *l.* 4. *cit. l.* 10. *n.* 12. *Quand. dies leg.* Haec ratio ceſſat *in annalibus perpetuis*, in quibus non

Inalienabilia.

An impraeſcriptibilia?

Digitized by Google

non tantum praeſentis anni, ſed etiam futurorum annorum praeſtationes purae ſunt, nulla conditione munitae, cum ſtatim certum ſit, eas deberi, adeoque vnum ſunt legatum, non *plura*, nec ſingulis annis naſcatur actio. Sic quia ſtipulatio ex ſubtilitate iuris ſua natura *perpetua* erat, §. 3. *I. de verb. oblig.* inde ſtipulatio in ſingulos anns *vna* eſſe dicebatur, quia *perpetua* erat, h. e. quia ſtricto iure omnium inſtantium annorum debebantur praeſtationes, quae *purae*, non *conditionatae* erant. *l.* 35. *in f. de m. c. donat.* In *l.* 16. §. 1. *de V. O.* expreſſe dicitur: *Stipulatio huiusmodi in annos ſingulos vna eſt et incerta,* * *et perpetua, non quemadmodum ſimile legatum morte legatarii finiretur.* Contrariam doctrinam reſtringit POMPONIVS ad illa legata, quae non erant perpetua, ſed morte legatarii finiebantur, et in hoc differentiam quaerit ab annuis ex ſtipulatu debitis ſua natura perpetuis, nec morte creditoris exſpirantibus. Eundem in ſenſum accipio *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* quae generatim de *promiſſionibus* et *legatis* annuis loquitur *temporalibus*, quae morte creditoris exſpirant; neque enim in genere *promiſſiones annuae* ſunt perpetuae, vti quidem *ſtipulationes*, in quibus ex ſubtili quadam ratione obtinebat regula, *ad tempus non poſſe deberi.* §. 3. *l. de V. O.* quae ad quaevis promiſſa applicari nequit, in quibus etiam ad tempus debetur. Quae cum ita ſint, aliter iudicare nequeo, quam legata annua perpetua vnum tantum continere debitum; cuius dies cedit a tempore mortis, et ſic vna praeſcriptione poſſe extingui. Quod vero *in cit. l.* 46. in *annalibus piis* ab hac regula receſſerit Imperator, et contra ea omnem praeſcriptionem ſuſtulerit, id ad ſingularia huius legati iura referendum, non vero ad alia *annua perpetua* applicandum. Nec rationi adiectae inhaerendum, quae, vt oſtendi, oppido erronea eſt, nec nouum, vt inadaequatae rationes, maxime in codice, deciſionibus ſubiiciantur.

Veram rationem in verbis vltimis *cit. l.* 46. prodit, inquiens: *vt et nomen et memoria defuncti, et vt annui reditus in ipſis operibus perpetuo conſeruentur.*

In dubio pro iis reſpondendum, ſi de voluntate defuncti quaeſtio eſt.

§. XXV. Septimum *piorum legatorum* priuilegium eſt, quod admodum fauorabile iudicetur, et in dubio, ſi de *voluntate* teſtatoris *dubia* quaeritur, ſecundum illum fauorem fieri debeat interpretatio. Iam ſupra obſeruaui, propter hunc fauorem a iure non eſſe recedendum, ſi priuilegium deeſt, operari autem hunc fauorem, vt ex *defuncti voluntate praeſumpta* in caſibus dubiis in eius fauorem, quantum ſana ratio permittit, interpretatio fieri debeat, quae duo interpretes non accurate diſcernunt. Noui, vnde fauor his legatis tributus ſit. Fontem ſupra indicaui, eumque in opinione, quod *pro anima* relictum cenſeatur, collocaui, vnde interpretes collegerunt, teſtatorem de ſuae animae ſalute admodum ſollicitum fuiſſe, adeoque omnem interpretationem ex *defuncti probabili intentione* huc dirigendam eſſe, vt animae defuncti bene ſit, et legatum effectum habeat. Inde tot exorbitantes concluſiones collegerunt, quae vnice ad hoc centrum et punctum collineant. Nos ſane hoc dogma merito repudiamus, nec intuitu eius legata *ad pias cauſas* relinquimus, adeoque tam immenſum fauorem iisdem tribuere non deberemus, quem tamen ſaepe ICti proteſtantes ſine iudicio allegant, et in ore habent. Ineſt huic legato aliquis fauor, quia ad pium quendam ſcopum deſtinatum eſt, et ex hoc ſcopo quoque de defuncti voluntate praeſumpta iudicandum, non vero quaeuis tradita accipienda, quae Pontificii, et inprimis TIRAQVELLVS, ex dogmate ſuo erroneo, conglomerant. Agite, examinemus quaſdam concluſiones.

Quod exemplis illuſtratur.

§. XXVI. Sic 1) quando legatum inductum eſt, id praeſumitur a teſtatore *conſulto* factum fuiſſe, niſi legatum *ad pias cauſas* induxerit, quod potius *inconſulto* factum cenſe-

tur.

tur. TIRAQVELLVS *cit. tr. priu.* 16. Argumentum trahit a *legato libertatis*, de quo idem diſpoſitum in *l.* 3. *in f. de his qui in teſt. del.* ex fauore libertatis. Equidem alias argumentum hoc reprobandum eſſe iudicaui, quatenus extenſionem priuilegii continet. Sed hic de *voluntate praeſumta* teſtatoris quaeſtio, an tale legatum inducere *conſulto* voluerit? id quod *in dubio*, ſi alia deficiunt in contrarium argumenta, haud credendum ob fauorem cauſae, ſecundum quem interpretatio in dubio facienda. Etiam hic locum habet, quod ANTONIVS Caeſar in *cit. l.* dixit: *cauſa praeſens admittere videtur humaniorem interpretationem*, vt teſtator a voluntate, ad *optimum finem* ordinata, conſulto receſſiſſe non videatur. Quid ergo, ſi tempore teſtamenti conditi in intimam abiectus ſuperſtitionem vltimam voluntatem condidit? ſi ad finem magis ſuperſtitioſum quam ſalutarem legauit? ex multis autem liquet, poſtea teſtatorem ad ſaniorem rediiſſe mentem et ſuperſtitionem agnouiſſe, annon his ſub circumſtantiis potius dicendum ſit, legatum a teſtatore conſulto inductum fuiſſe? 2) Si legatum pium ſub conditione relictum eſt, cum *Titius annorum* triginta erit, et hic, antequam ad 30. annum perveniret, deceſſerit, adhuc legatum deberi, ait TIRAQVELLVS *priu.* 23. *arg. l.* 16. *de manum. teſtam.* quod cum in fauorem libertatis introductum ſit, multo magis quoque in fauorem piarum cauſarum locum habere debeat, vel potius credere par ſit, teſtatorem magis de tempore, quo praeſtandum eſt legatum, quam de ſimplici conditione diſpoſuiſſe, ne legatum alias pereat. 3) Legatum rei alienae, etſi ignoranter a teſtatore ad pias cauſas factum ſit, valet, vt heres illam redimere, aut aeſtimationem praeſtare teneatur. Eadem enim praeſumtio, quam in legato libertatis ICti aſſumpſerunt *in l.* 39. *pr. de fideic. libert.* hic quoque militat, vt intentio teſtatoris abſolute hoc legatum

Hh 2 prae-

Digitized by Google

praeſtandi adfuiſſe videatur. 4) Si quid legatum eſt piae cauſae certo tempore: *duodecimo anno, poſtquam mortuus ero*, principio anni duodecimi debetur: *l.* 41. *pr. de manum. teſtam.* nam hoc mortuum ſenſiſſe, ex fauore piae cauſae probabile eſt. MANZ. *in ſpec. iur. Can. voce pia cauſa, n.* 29.

Quatenus valeat legatum incertum pium.

§. XXVII. Denique octauum priuilegium, legatis *piarum cauſarum* aſſignandum eſſe volunt, quod legatum *incertum* fauore piae cauſae valeat. MANZ. *cit. l. n.* 44. Colligunt hoc ex *l.* 24. *C. de Epiſc. et Cler. id quod pauperibus teſtamento vel codicillis relinquitur, non vt perſonis incertis relictum euaneſcat, ſed omnibus modis ratum firmumque conſiſtat.* Sic quoque legatum ad *redemptionem captiuorum* relictum, non reiicitur, vt incertum, quamuis nec pauperes ſint electi, nec captiui nominati, *l.* 49. §. 1. *et* 2. *C. eod* quia ad diſpoſitionem Epiſcopi horum legatorum diſtributio pertinet. Sed hoc minime extendendum cum MANZIO *cit. l.* ad eum caſum, quando teſtator non determinat quantitatem, ſed ſimpliciter dicit: *Volo ex bonis meis ad pias cauſas aliquid diſtribui*, quippe quod *abſolute* incertum eſt, vt non conſtet, quid, quale et quantum debeatur, niſi forſan certus finis adiectus eſſet, ex quo eius quantitas poſſet determinari, v. c. *ad refectionem templi vel capellae B. Mariae virginis, tunc enim tanta ſumma legata videtur, quanta ei rei ſufficeret, ſi modo non apparet, aliam fuiſſe defuncti voluntatem, aut ex magnitudine eius pecuniae, aut ex mediocritate facultatum, quam teſtator reliquit, tunc enim officio iudicis ſecundum aeſtimationem patrimonii et legati quantitas definiri poteſt*, vti in ſimili caſu ait CELSVS *in l.* 30. *in f. de leg.* 2.

CAP.

Digitized by Google

CAP. II.

DE SPVRIIS LEGATORVM PIORVM PRIVILEGIIS.

ARGVMENTVM.

I. Spuria priuilegia quid? II. An legata ad pias cauſas debeantur ex teſtamento nullo vel deſtituto? III. An legatum pium a ſubſtituto relictum heres inſtitutus praeſtare teneatur? IV. An debeatur ante confectum inventarium? V. An in eo id, quod maius eſt, debeatur? VI. An liberi abſtinentes id praeſtare teneantur? VII. An ex duobus teſtamentis id poſterius ſit, in quo legatum pium relictum? VIII. An legatum pium ab herede relictum debeatur a ſubſtituto? IX. De ademtione legati pii. X. Legatarius illud propria auctoritate occupare nequit. XI. De cautione Mutiana in legatis piis praeſtanda. XII. Legata pia ex certo fundo relicta gaudent hypotheca tacita. XIII. De legatis piis in arbitrium tertii collatis. XIV. An parte legata ex re communi pia cauſa ſocium cogere poſſit ad vendendum? XV. An ex rebus alienari prohibitis ad piam cauſam legari poſſit? XVI. An interitu piae cauſae legatum prorſus concidat? XVII. Legitima grauari nequit legato ad pias cauſas.

§. I.

Spuria piorum legatorum priuilegia dico, quae in cerebro interpretum nata, in iure autem prorſus non ſunt fundata, et ſic legitimos natales minime habent. Talia plura ſunt, quae adducit TIRAQVELLVS; congeſſit enim 167. priuilegia piarum cauſarum, et plura ſupereſſe credit, ſed plura ipſe vt ſpuria reiicit, plura non ſunt priuilegia, ſed *Spuria priuilegia quid*

Digitized by Google

iuris communis concluſiones, maxima vero pars omni deſtituta fundamento. Breuiter illegitimos hos partus examinabo, et legitimorum numero eos excludendos eſſe euincam.

In legata pia debeantur teſtamento deſtituto?

§. II. Aiunt (I) *Legata ad pias cauſas deberi teſtamento licet deſtituto et non adita hereditate.* MANZ. *de ſpec. iur. comm. voc. pia cauſa, n.* 37. TIRAQVELL. *priu.* 33. DONELL. *ad l.* 14. *C. de fideic. n.* 12. Argumentum 1) deſumunt ex *l.* 42. *D. d. fideic. libert.* in qua libertati non indiſtincte, ſed tunc demum hoc priuilegium libertati datum eſt, ſi heres in continenti, antequam hereditatem adiret, deceſſerit. *Quo exemplo,* ait DONELLVS, *recte defendetur, etiam hereditate ex teſtamento non adita deberi ea, quae ad pias cauſas relicta ſunt: pietatis enim cauſa non minus fauorabilis, quam libertatis.* Vulgatum hoc argumentum eſt, ſed inane, cum priuilegia extenſiones non admittant. Deinde legata quoque *libertatis,* deſtituto teſtamento, perire euidens eſt ex *l.* 17. *D. ſi quis omiſſ. cauſa teſt. l.* 2. *C. eod. l.* 1. *C. de fideic. libert.* niſi forſan ex ſingulari beneficio hereditas alicui eſſet addicta, libertatum conſeruandarum gratia. *t. t. I. de eo cui libert. cauſ. bona addic.* Vnde teſtamento deſtituto, nec legata pia ſubſiſtere, recte cenſet LAVTERB. *de teſt. deſtituto,* §. 18. Alii 2) prouocant ad *l.* 41. §. 5. *de teſtam. milit.* qua cauetur, hereditate militis non adita, ſubſtitutionem valere pupillarem, cum etiam haec ſola ſubſiſtat per ſe, nec ex teſtamento Patris militis dependeat. Iam autem inferunt, priuilegia militum etiam *piis cauſis* competere, quod tamen petit id, quod eſt in principio. Addunt alii 3) quoad legata *ad pias cauſas* clauſulam codicillarem tacite appoſitam cenſeri, CARPZ. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 38. *n.* 8. quod tamen magis fingunt, quam probant, fatente B. STRYKIO *de caut. teſtam. c.* 23. §. 33. Aut enim quoad omnia legata intelligi debet, aut quoad nulla; ſi prius, legata ad

pias

Digitized by Google

pias cauſas nullum amplius priuilegium habent, ſed omnia legata ab inteſtato erant praeſtanda, deſtituto licet teſtamento, quod tamen Dd. aegre admittunt: ſi poſterius, res ſalua eſt, nec enim apparet ratio, cur potius teſtator legata ad pias cauſas ſubſiſtere malit, quam reliqua legata, cum voluntas in omnibus vna eademque ſit. Hoc tamen facilius admitto, hodie ſublatis formulis antiquis, facilius ſubintelligi poſſe clauſulam codicillarem in teſtamentis quoad omnia legata, quam olim, ſi praegnantiſſimae clauſulae, prout fieri ſolet, teſtamento fuerint adiectae, ex quibus de *enixa voluntate* conſtet, quo tamen ipſo non tantum legata pia, ſed quaevis alia ab inteſtato debentur. vid. B. TITIVS *lib. 7. iur. priu. c. 3. §. 38. ſeqq.* DN. PRAESES *introduct. in Digeſt. tit. de Codicill.* §. 9. Alii 4) firmant hanc ſententiam ex *l. 1. C. comm. de leg.* vbi actio *perſonalis* et *hypothecaria* pro legatis conſequendis eſt confirmata, addita ratione, quod ex *voluntate teſtatoris* hae actiones inſtitui poſſint, quippe qui voluit, vt legata omnibus modis praeſtentur, et *praecipue* addit, *cum talia ſint legata, vel fideicommiſſa, quae piis actibus ſunt deputata*, quae verba videntur fruſtranea fuiſſe, niſi aliquid ſingulare contineant. Verum totus contextus oſtendit, hoc intelligendum eſſe de caſu, quo heres adiit, quippe qui demum obligatur ex *aditione*, tanquam quaſi contractu, qua deficiente, obligatio ceſſat. Denique 5) argumentum etiam inde peti poteſt, quod haec legata debeantur ex teſtamento quoque imperfecto, prout *cap. 1.* adſerui, multo magis ergo etiam ex teſtamento deſtituto; ſed conſequentiam fallere patet ex *l. 21. §. 2. C. de teſtam.* vbi dicitur, quod imperfectum teſtamentum patris, quoad *ſolos liberos*, valere, quoad extraneas mixtas perſonas autem plane pro nullo haberi debeat. Poteſt ergo teſtamentum quoad certa legata ſubſiſtere, quoad alia nullum eſſe, vbi eſt imperfectum. Aſt ſi *deſtitutum eſt*, quaeuis lega-

Digitized by Google

legata corruunt. §. 2. *I. de leg. Falcid. l.* 2. *C. ſi omiſſ. cauſ. teſtam.* LAVTERB. *de teſtam. deſtit.* §. 14. cum teſtamentum, aditione deſtitutum, nullo prorſus modo confirmari poſſit. Deinde quoque ſupra dixi, ex *imperfecto teſtamento* non aliter deberi legata pia, quam ſi clauſula codicillaris ſit adiecta vel aliunde colligatur. Facile tamen largior, poſſe ſtatuto hoc priuilegium legatis piis tribui, quod Iure Würtenbergico factum eſſe docet LAVTERB. *c. l.* §. 18. *in fin.*

An legatum pium a ſubſtituto relictum etiam debeatur ab inſtituto?

§. III. Eiusdem farinae (II) eſt illud priuilegium, quod legatis a *ſubſtituto* relictis tribuunt. Illa enim etiam ab *herede inſtituto*, qui adiit hereditatem, deberi, aiunt, licet per aditionem inſtituti exſpiret ſubſtitutio; BARBOSA *lib.* 2. *iur. ecc. c.* 13. *n.* 27. TIRAQVELLVS *cit. tr. priuil.* 62. quod teſtatoris diſpoſitio facta in vno caſu extendatur ad alium caſum fauore libertatis. Deciſionem hanc illuſtrant ex *l.* 2. *de manum. teſtam.* vbi quis heredem ita inſtituerat: *Titius heres eſto, ſi Titius heres non eſt, Stichus heres eſto. Stichus liber eſto.* In hoc caſu Stichus ſeruus erat ſubſtitutus, et praeterea eidem libertas legata. Quaerebatur, an Titio hereditatem adeunte, Stichus liber ſit? quod affirmat ICtus contra TVBERONEM exiſtimantem, quod non primo, ſed ſecundo gradu demum libertas ei legata fuerit. Hoc reprobat VLPIANVS, quod potius *dupliciter* h. e. in vtrumque caſum et ſic etiam eo, *ſi Titius heres fuerit*, libertas legata videatur, cum per ſe liqueat, quod in *ſubſtitutione* libertatem ſimul acceperit. Iam fiat applicatio ad hunc caſum, vbi teſtator ita diſponit: *Titius heres eſto: Si heres non erit, Maeuius heres eſto, qui eccleſiae quotannis praeſtet centum.* Hoc caſu euidens eſt, legatum tantum a ſubſtituto, non ab vtroque relictum eſſe; quis ergo grauaret Titium, a quo nihil legatum eſt, vt eccleſiae legatum exſolueret? Aliud foret dicendum, ſi dubium eſſet, annon ab

Digitized by Google

ab vtroque legatum foret, quo caſu *in dubio* pro praeſtatione legati pronunciandum foret, id quod demum ex *cit. l.* 2. colligitur.

§. IV. Huc (III.) referunt, quod heres ad legata pia ſolvenda teneatur, etiamſi nondum confecerit inuentarium, cum heres alias intra tempus, quo conficit inuentarium, non poſſit a legatariis conueniri. *l. f.* §. 11. *C. de iur. delib.* Addit TIRAQVELL. *priu.* 24. hanc rationem: *quia res dilationem non recipit, cum de ſalute corporis tractatur, l. vlt. pr. de appell. recip. ideo multo minus cum de ſalute animae tractatur.* Fluxit haec opinio ex doctrina de *purgatorio*, quam noſtrates reprobant et conſequenter etiam hanc concluſionem non poſſunt non reprobare. Sufficit praeterea, quod nulla exceptio piis legatis hic data ſit, quibus alias teſtator admodum fauit, adeoque illam non omiſiſſet, ſi ei ius ſingulare indulgere voluiſſet.

An heres teneatur ad legata ſoluenda intra tempora faciendi inventarii?

§. V. Aiunt porro, (IV.) in legatis ad *pias cauſas* obſcuris et incertis non quod minus, ſed quod maius eſt deberi, cum in aliis, quod minus eſt, debeatur. *l.* 39. §. 6. *de leg.* 1. Petunt hoc priuilegium ex *l.* 38. §. 2. *de aur. et arg. leg.* vbi Seia teſtamento ita cauerat: *Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipſa faciam: Sin autem, ab heredibus meis volo iubeoque, ſignum DEI ex libris centum in illa ſacra aede in patria ſtatui ſubſcriptione nominis mei.* Hic adeſt legatum quaſi pium, hoc eſt, in honorem idoli relictum; iam quaerebatur; *cum in eo templo non niſi aut aerea aut argentea tantum ſunt dona*, quale ſignum ponendum ſit? Reſpondet ICtus: *argenteum.* Verum *α*) praemittendum eſt, textum quodammodo mancum et legendum eſſe; *cum in eo templo non niſi aut aurea aut argentea tantum ſint dona*, cum facile contingere potuit, vt loco *aurea* ſcriptum ſit aerea. Colligitur id ex verbis ſequentibus: *Heredes Seiae, vtrum ex argento, aut auro ſignum*

An in legatis piis obſcuris id quod maius eſt debeatur?

ponere compellendi ſint, an aereum? Scilicet heredes Seiae *aereum* ſignum ponere in templo volebant. Curatores templi obiiciebant, nonniſi *aurea* et *argentea* tolerari. Heredes replicabant: legatum eſſe *indefinitum*, et ſic quod minus deberi. Sed recte curatores duplicabant, templi legatum indefinitum ante omnia eſſe intelligendum ſecundam naturam rei et conditionem templi, adeoque cum in eo templo ſtatua aerea non toleraretur, probabile eſt, teſtatorem de hac non ſenſiſſe, quia alias legatum foret inutile, quod nullum poſſet habere effectum, adeoque vel *aureum* vel *argenteum* ſignum eſſe ponendum. ICtus poſterius approbat, et quia in dubio minus debetur, *argenteum* ſignum ponendum eſſe concludit. Ita non recedit a regula, vt patroni cauſarum piarum contendunt, ſed potius eam approbat. Agnoſcit id ipſum quoque TIRAQVELLVS *priuil.* 25. et recte addit: *Si maius dari debuiſſet, aureum dandum fuiſſet*, imo id ipſum cenſuiſſe videtur Pontifex *in c.* 18. *X. de Cenſib.* vbi, quando diuerſae et variae menſurae in prouincia quadam fuerunt, nec conſtat, an *maiori* an *minori* menſura cenſus ſolui eccleſiae debeat, edicit, *minori* in dubio eum ſoluendum eſſe.

An legata pia debeantur abſtinentibus liberis? §. VI. Illud praeterea (V.) ſingulare in his legatis eſſe ait TIRAQVELLVS in *priu.* 32, quod liberis abſtinentibus ab hereditate paterna nihilominus illa debeantur, ideo, quod ex tali teſtamento libertates adhuc conſeruentur per *l.* 32. *de manum. teſtam.* et *l.* 30. §. 10. *de fideicomm. libert.* Ipſe TIRAQVELL. *priu.* 33. iam aſſeruerat, deſtituto teſtamento, haec legata deberi, id quod ſi verum eſt, non debuiſſet hanc ſpeciem tanquam ius ſingulare adferre, cum, ſi deſtituto teſtamento debentur, nullum dubium ſuperſit, quin debeantur, ſi filius abſtinuerit. Quia vero prius iam refutaui, paucis videndum, an in *caſu abſtentionis*, quo alias corruunt omnia alia legata, haec ſubſiſtant. Manifeſti iuris

Digitized by Google

iuris eſt, teſtamentum, in quo ſoli liberi ſunt inſtituti, ſtatim confirmari a tempore mortis, ideo quod liberi ſint *ipſo iure* heredes, et quamuis *beneficio abſtinentiae* vtantur, teſtamentum tamen ſemel *ipſo iure* confirmatum, non poteſt in totum deſtitutum fieri, ſed illa adhuc ſubſiſtunt, quae non requirunt heredis praeſtationem, vt tutelae et libertatis datio, ſubſtitutio pupillaris etc. Illa vero corruunt, ad quorum praeſtationem *factum ſui heredis* requiritur, adeoque ſine *immixtione* non poſſunt obtineri, vt ait STRVV. *ex.* 34. §. 19. qualia ſunt legata et fideicommiſſa particularia. *l.* 11. *§. fin. Vt in poſſeſſ. legat. l.* 12. *in fin. de vulg. et pup. ſubſtit.* Huc etiam referri debent legata pia, quae requirunt praeſtationem heredis, et ſic abſque eius *immixtione* praeſtari nequeunt. Nec argumentum hic a *libertate* trahi poteſt, quae ſi *directo* relicta eſt, non requirit heredis factum aut praeſtationem, ſi per *fideicommiſſum*, tunc itidem quidem debetur per *l.* 30. *§.* 9. *de fideicomm. hered.* ſed iure admodum ſingulari per SCtum ſpeciale, vt indicat ICtus, quod trahi nequit ad conſequentias. Deeſt in his legatis ſpecialis iuris ſanctio, vnde regulae inhaerendum eſt, niſi *clauſula codicillaris* teſtamento adiecta ſit.

Quid ſi duo teſtamenta adſunt, an legata pia in poſteriori relicta praeſumuntur?

§. VII. Quando (VI.) duo teſtamenta adſunt, nec conſtet, quale ſit prius, quale poſterius, id videri poſterius, in quo legatum eſt ad pias cauſas, cenſet TIRAQVELLVS *priu.* 35. tum quod ſumma ſit ratio, quae pro religione facit, *l.* 43. *in f. de relig. et ſumtib. fun.* tum quod in dubio pro cauſa fauorabili ſit pronunciandum, *c. vlt. X. de re iudic.* et benigna interpretatio facienda, *c.* 30. *X. de priuileg.* tum denique quod ſecundum *l.* 1. *C. de iur. Fiſc.* is, qui praetendit, ſe prius in bonis debitoris ius ex donatione impetraſſe, quam ea fiſco fuiſſent obligata, prioritatem ſui iuris docere debeat, quod ius, cum *in fiſco* conſtitutum ſit, etiam ad eccleſiam trahi poſſe videtur. Verum hae rationes ad-

 modum

modum ficulneae ſunt; ſi de *interpretatione voluntatis dubiae* eſt quaeſtio, tunc admitto, illam interpretationem praeualere, quae piae cauſae fauet. Aſt hic quaeſtio *facti* proponitur, quale teſtamentum poſteriori loco conditum ſit? quod ab allegante probandum, nec per *regulas interpretandi* erui poteſt. Similiter in dubio pro *cauſa pia* eſt pronunciandum, quando in vtramque partem rationes admodum probabiles occurrunt, vt contingit in *colliſione probationum:* aſt ſi nihil ab eccleſia, quae aliquid petit, probatum eſt, res non *dubia* in eo ſenſu eſt, ſed potius plane *incognita*, ad quem caſum regula praedicta applicari nequit, quia alioquin ſemper pro pia cauſa pronunciandum eſſet, ſi vel maxime nihil probaſſet, quod citra abſurditatem dici nequit. Summa denique ratio dicitur, quae pro religione facit; quis vero neſcit, quid ICtus per *religionem* in *cit. t.* intelligat? et quis vnquam aſſeruit, ad *quaeſtiones facti probandi* hoc applicari poſſe? Denique argumentum *a fiſco* hic plane alienum eſt, quod iam Dn. PRAESES in *diſſ. de nomin. eccleſiaſt. Cap. I.* §. 18. adſtruxit. Praetera in *cit. l.* 1. nullum ius ſingulare occurrere videtur, ſed merum *ius commune* refertur. Obligatus pater erat rationibus fiſci, quo ſoluendo non exiſtente, fiſcus vi hypothecae tacitae bona eius a liberis poſſeſſa perſequebatur: hi excipiebant de donatione ſibi facta, antequam pater cum fiſco contraxiſſet, cuius probatio liberis vel ideo erat iniungenda, tum quod excipiens regulariter exceptionem ſuam probare teneatur, tum quod praeſumtio adſit, in fraudem fiſci hanc donationem factam fuiſſe.

An legata pia relicta ab herede cenſeantur quoque relicta a ſubſtituto.

§. VIII. Quando (VII.) legata pia relicta ſint nominatim ab *herede principali*, cenſeri eadem quoque tacite relicta a *ſubſtituto* cenſuit TIRAQVELL. *priu.* 36. Argumentum petit ex *l.* 4. §. *f. de alim. leg.* indeque colligit, in alimentis id iuris eſſe, et conſequenter quoque in legatis ad pias

Digitized by Google

pias cauſas, quippe ad quae argumentum ab illis trahi poteſt. Duplex in hoc argumento vitium deprehendo: 1) quod priuilegia *alimentis* data indiſtincte trahenda eſſe putet ad legata ad pias cauſas, quod non admitto, cum non omnia legata ad pias cauſas alimentorum cauſam concernant. 2) Quod id ipſum, quod *ex c. l.* colligunt, ne quidem in ea deprehendatur, ſed tantum in cerebro ACCVRSII. Textus ſatis planus eſt. Ait ICtus: *Lucius Titius teſtamento ſuo libertis libertabusque cibaria & veſtiaria a liberis ſuis eisdemque heredibus praeſtari iuſſit,* nulla conditione aut determinatione in quo loco praeſtari debeant, *addita*, ſed ſimpliciter tantum relicta, *quaero* cum teſtator non diſpoſuit, vt tunc demum cibaria et veſtiaria accipiant, ſi cum teſtatoris liberis in eadem domo vixerint, *an ſi ſine patroni liberis iidem liberti agant*, ſeu extra domum eorum degant, *cibaria et veſtiaria accipere poſſint?* In hoc conſiſtit ſtatus controuerſiae, non vero in eo, quem ſomniat ACCVRSIVS, an etiam ſubſtituti vel coheredes alimenta praeſtare debeant? Non intellexit verba: *Si ſine patroni liberis iidem liberti agant*, quae ita accipienda eſſe ſomniat: *ſi ſine Patroni liberis* h. e. ſi non contra liberos Patroni, qui forſan abſtinuere, ſed contra coheredem vel ſubſtitutum datum, *iidem liberti agant*, h. e. alimenta petant. Quis vero iuſta indignatione non capitur, ad haec deliria potius quam interpretationem? Non potuit ICtus praeuidere tam inſulſam interpretationem, alioquin forſan in gratiam inepti interpretis dixiſſet: *Si ſine liberis Patroni liberti degant.* Sed haec praecautio non fuit neceſſaria, cum *agere* etiam idem quod *degere* et *morari* ſignificet, vt ex multis textibus docet BRISSONIVS *de V. S. voc. agere.*

An **res ad piam cauſam legata et poſtea alimenta**

§. IX. Quando alias res legata a teſtatore *citra neceſſitatem* alienatur, legatum *tacite* ademtum cenſetur. §. 12. *l. de Leg.* Id tamen (VIII) fallere autumat TIRAQVELL. *priv.*

ademta cenſeatur? 41. in legato ad pias cauſas, quod nullo modo ademtum cenſetur, quamuis nullam addat rationem. Sane quaeſtio, vtrum legatum tacite ſit ademtum, eſt quaeſtio *voluntatis*, adeoque ex *cauſa* et *circumſtantiis alienationis* colligendum, qua intentione rem legatam alienauerit. Huic proximum eſt (IX) illud priuilegium, quod ademtis in genere legatis non cenſeatur ademtum legatum ad pias cauſas, niſi totum teſtamentum legitime reuocatum fuerit. Ita cenſuere BARBOSA *L. II. iur. eccl. C.* 13. *n.* 25. MANZ. *de ſpec. in iur. comm. voce pia cauſa, n.* 58. argumento ducto ab *alimentorum* legato, ad quod non extenditur generalis reuocatio. *l.* 18. §. 3. *ff. de alim. vel. cib.* Scio hanc communem eſſe Doctorum opinionem, ſed ſimul animaduerto, eam non ſatis fundatam eſſe in *cit. l.* 18. Agite videamus et perpendamus textum: *Poſthumis heredibus inſtitutis, et patre et matre et ſubſtitutione pupillari facta, actores manumiſit, et peculia eius legauit, et annua et certis libertis ſuis legata et aliis exteris plura: deinde poſt teſtamentum factum nata filia codicillis ita cauit: Si quid teſtamento, quod ante hoc tempus feci, legaui, cui dare volui: peto ab his, vt tertiam partem Petrinae filiae meae reddant. Secundis autem tabulis facta pupillari ſubſtitutione*, in priori teſtamento expreſſa, *impuberibus libertis, quibus a parentibus* ſubſtitutis *libertates dedit, eo amplius alterum tantum, quantum in numero praeter cibaria et veſtiaria*, a ſubſtitutis legata *dari voluit; quaeſitum eſt, cum ſuperuixiſſet filia, teſtamento aperto, et codicillis, poſtea autem deceſſerit et fideicommiſſum* tertiae partis *datum ad heredes ſuos transmiſerat, an etiam cibariorum et veſtiariorum tertiae partes ei per fideicommiſſum datae eſſe videantur*, quae non ab *heredibus*, ſed a *ſubſtitutis* relicta erant. Quod recte negat ICtus, et quidem non ideo, quod legata alimentorum tanquam fauorabilia non veniant ſub *generali reuocatione*, ſed ideo

An ademtis in genere legatis etiam pium ademtum cenſeatur?

po-

Digitized by Google

potius, quod demum a ſubſtitutis eſſent relicta. Voluit teſtator, vt legatarii tertiam partem reſtituerent filiae ſuae, id quod non poteſt non de illis intelligi, qui, viuente filia, legata ſua petere poſſunt, non vero de his, qui demum mortua filia in impubertate ius petendi legatum habent, quippe quorum legatum non *purum*, ſed *conditionale* eſt, *ſi filia in impubertate deceſſerit*. Neque enim hi *tertiam partem* filiae reſtituere poterant, cum illi demum poſt mortem eius legatum acquirerent, quem caſum reſpexiſſe teſtator dici nequit. Sic quoque vlterius de *altero tanto*, quod iisdem libertis legatum erat, de ſubſtitutis diſquirit ICtus, an quoque ab eo detrahenda ſit pars tertia? et eadem ex ratione negat, additque *integrum ex tabulis ſubſtitutionis deberi*, quia diſpoſitio codicilli tantum intelligenda eſt de illis legatis, quae viuente filia praeſtanda ſunt, non vero de iis, quae demum poſt mortem eius debentur. Si ergo communis doctrina, quod *ademtis vel diminutis in genere legatis non ſit ademtum vel diminutum legatum alimentorum*, ex *cit. textu* probari nequit, multo minus exinde probari poterit, *ademtis in genere legatis non cenſeri ademta legata pia*, quae ſi teſtator excipere voluiſſet, id ſine dubio expreſſiſſet, quod cum non fecit, generali reuocationi ſtandum erit. *arg. l.* 30. *inf. de leg. I.*

An eccleſia legata pia propria autoritate occupare queat?

§. X. Notum eſt, quod Legatarius *propria autoritate* legatum occupare nequeat, id quod ſi fecerit, heres, quatenus eius intereſt, interdicto *quod legatorum* eius poſſeſſionem adipiſci poteſt. *l.* 1. *D. et C. quod legat.* Rurſus (X) exceptionem ſtatuit TIRAQVELL. *priu.* 45. in legatariis, quibus ius occupandi propria autoritate rem piam legatam iure ſingulari datum eſſe putat; ſed ſine lege et ratione, ideo enim ſunt executores legitimi conſtituti, vt hi pro legati huius praeſtatione vigilent, qui quidem illud praeſtare poſſunt ex communi executorum officio, ſed neutiquam piae cau-

Digitized by Google

ademta cenſeatur? 41. in legato ad pias cauſas, quod nullo modo ademtum cenſetur, quamuis nullam addat rationem. Sane quaeſtio, vtrum legatum tacite ſit ademtum, eſt quaeſtio *voluntatis*, adeoque ex *cauſa* et *circumſtantiis alienationis* colligendum, qua intentione rem legatam alienauerit. Huic proximum eſt (IX) illud priuilegium, quod ademtis in genere legatis non cenſeatur ademtum legatum ad pias cauſas, niſi totum teſtamentum legitime reuocatum fuerit. Ita cenſuere BARBOSA *L. II. iur. eccl. C.* 13. *n.* 25. MANZ. *de ſpec. in iur. comm. voce pia cauſa, n.* 58. argumento ducto ab *alimentorum* legato, ad quod non extenditur generalis reuocatio. *l.* 18. §. 3. *ff. de alim. vel. cib.* Scio hanc communem eſſe Doctorum opinionem, ſed ſimul animaduerto, eam non ſatis fundatam eſſe in *cit. l.* 18. Agite videamus et perpendamus textum: *Poſthumis heredibus inſtitutis, et patre et matre et ſubſtitutione* pupillari *facta, actores manumiſit, et peculia eius legauit, et annua et certis libertis ſuis legata et aliis exteris plura: deinde poſt teſtamentum factum nata filia codicillis ita cauit: Si quid teſtamento, quod ante hoc tempus feci, legaui, cui dare volui: peto ab his, vt tertiam partem Petrinae filiae meae reddant. Secundis autem tabulis facta pupillari ſubſtitutione*, in priori teſtamento expreſſa, *impuberibus libertis, quibus a parentibus* ſubſtitutis *libertates dedit, eo amplius alterum tantum, quantum in numero praeter cibaria et veſtiaria*, a ſubſtitutis legata *dari voluit; quaeſitum eſt, cum ſuperuixiſſet filia, teſtamento aperto, et codicillis, poſtea autem deceſſerit et fideicommiſſum* tertiae partis *datum ad heredes ſuos transmiſerat, an etiam cibariorum et veſtiariorum tertiae partes ei per fideicommiſſum datae eſſe videantur*, quae non ab *heredibus*, ſed a *ſubſtitutis* relicta erant. Quod recte negat ICtus, et quidem non ideo, quod legata alimentorum tanquam fauorabilia non veniant ſub *generali reuocatione*, ſed ideo

An ademtis in genere legatis etiam pium ademtum cenſeatur?

po-

potius, quod demum a ſubſtitutis eſſent relicta. Voluit teſtator, vt legatarii tertiam partem reſtituerent filiae ſuae, id quod non poteſt non de illis intelligi, qui, viuente filia, legata ſua petere poſſunt, non vero de his, qui demum mortua filia in impubertate ius petendi legatum habent, quippe quorum legatum non *purum*, ſed *conditionale* eſt, *ſi filia in impubertate deceſſerit*. Neque enim hi *tertiam partem* filiae reſtituere poterant, cum illi demum poſt mortem eius legatum acquirerent, quem caſum reſpexiſſe teſtator dici nequit. Sic quoque vlterius de *altero tanto*, quod iisdem libertis legatum erat, de ſubſtitutis diſquitit ICtus, an quoque ab eo detrahenda ſit pars tertia? et eadem ex ratione negat, additque *integrum ex tabulis ſubſtitutionis deberi*, quia diſpoſitio codicilli tantum intelligenda eſt de illis legatis, quae viuente filia praeſtanda ſunt, non vero de iis, quae demum poſt mortem eius debentur. Si ergo communis doctrina, quod *ademtis vel diminutis in genere legatis non ſit ademtum vel diminutum legatum alimentorum*, ex *cit. textu* probari nequit, multo minus exinde probari poterit, *ademtis in genere legatis non cenſeri ademta legata pia*, quae ſi teſtator excipere voluiſſet, id ſine dubio expreſſiſſet, quod cum non fecit, generali reuocationi ſtandum erit. *arg. l.* 30. *in f. de leg. I.*

§. X. Notum eſt, quod Legatarius *propria autoritate* legatum occupare nequeat, id quod ſi fecerit, heres, quatenus eius intereſt, interdicto *quod legatorum* eius poſſeſſionem adipiſci poteſt. *l.* 1. *D. et C. quod legat.* Rurſus (X) exceptionem ſtatuit TIRAQVELL. *priu.* 45. in legatariis, quibus ius occupandi propria autoritate rem piam legatam iure ſingulari datum eſſe putat; ſed ſine lege et ratione, ideo enim ſunt executores legitimi conſtituti, vt hi pro legati huius praeſtatione vigilent, qui quidem illud praeſtare poſſunt ex communi executorum officio, ſed neutiquam piae cau-

An eccleſia legata pia propria autoritate occupare queat?

cauſae permiſſum eſt, vt illud propria autoritate occupare queat. Illud autem, quod idem *priu.* 46. addit, nullum plane priuilegium continet. Scilicet is, cui legatum eſt nomen, olim actionibus ab herede non mandatis agere non poterat, ex lege D. PII autem *vtilibus* ſuo nomine agere non impeditur vt *in l.* 18. *C. de Leg.* declaratur. Hic priuilegium TIRAQVELLVS piae cauſae tribuit, vt ſine ceſſione nomen exigere poſſit, quod tamen omnes legatarii facere poſſunt.

An praeſtanda cautio Mutiana in legatis piis?

§. XI. Si quid legatur ſub *conditione negatiua*, illud antea peti nequit, quam *cautione Mutiana* praeſtita, *l.* 7. *ff. de condit. et demonſtrat.* quam tamen (XI) non requiri exiſtimant in legatis ad pias cauſas TIRAQVELL. *priu.* 48. MANZ. *in ſpec. iur. comm. voce pia cauſa*, *n.*41. Argumentum ducunt rurſus a legato libertatis, cuius exemplum occurrit in *l.* 17. §. 1. *de manum. teſtam. Stichus*, *ſi in capitolium non aſcenderit, liber eſto.* Hic non deſideratur cautio, ſed ſtatim ad libertatem perueniet, ſi facultate data aſcendendi capitolium abſtinuerit. Ratio decidendi petita non tam eſt ex *libertatis* fauore, quam ex voluntate teſtatoris praeſumta, qui *cum effectu* legare voluiſſe videtur. Ideo autem *cautio Mutiana* non admittitur, quia ſub conditione nemo libertatem accipere, ſed prius eius euentum expectare tenetur, ne, ſi conditio deficiat, in ſeruitutem retrahi debeat, quod *inhumanum* videtur, qua ratione etiam legati libertatis dies non a tempore mortis, ſed aditae hereditatis demum cedit, *l.* 8. *ff. quando dies legat. l. vn.* §. 6. *C. de cad. toll.* quo iam certum eſt, eum liberum fieri. Vnde in adducta ſpecie euentum conditionis expectare legatarius debet, quo caſu potiſſimum quaeſtio de *voluntate* defuncti emergit. Aut enim ideo talis conditio adiecta, vt in *vltimum vitae tempus* libertas conferatur, ante quod regulariter, vtrum paruerit conditioni, conſtare nequit, quo caſu nul-

nullius momenti legatum cenſendum, legatario non profuturum. *l. 61. pr. de manum. teſtam.* Aut vero ideo adiecta, vt legatario proficere libertas poſſit, quo caſu *conditio negatiua* potius de *prima occaſione* accipienda, qua contra eam agere potuit, nec tamen egit: poſterius teſtatorem voluiſſe, credibile eſt, quia, ſi prius voluiſſet, nihil egiſſet, quod non praeſumendum. *l. 12. et 21. ff. de reb. dub.* Haec ſi maturo ponderantur iudicio, aperte conſtat, inſulſiſſimum ab hoc legato duci argumentum ad legata pia, quorum diuerſa eſt ratio, natura, et indoles. Nec enim legatum pium eſt *perſonale*, vti *libertatis*, nec in eo accidere poteſt, vt in vltimum vitae tempus conditio conferatur, cum pia cauſa regulariter non moriatur, nec denique impium aut inhumanum cenſendum eſt, ſi conditione deficiente, id quod iam ſine cauſa habuiſſe dignoſcitur, redditur reſtituiturue, id quod iuſtitia naturalis deſiderat. Quid ergo, ſi ita legatum fuerit eccleſiae: *Do, lego mille thaleros, ſi non mutauerit ſacra catechetica, quouis die ſolis hactenus habita?* Haec conditio poteſt eſſe vel *reſolutiua*, vt ſenſus ſit, *donec non mutauit* &c. quo caſu cautione non eſt opus, vel eſt *ſuſpenſiua*, illudque verba ſatis declarant, quo facto, cautione opus eſt, quae per ipſa bona eccleſiaſtica conſtitui poteſt.

§. XII. Quando legantur reditus certi ex fundo deſignato, legatario non competere hypothecam tacitam in iſto fundo cenſent, *per l. vlt. in f. de contr. emt. l. 21. pr. de ann. leg.* Omnino tamen (XII) piae cauſae *per l. 2. ff. de alim. leg.* vtpote quae cum *alimentis* paria iura habere cenſetur. Equidem poſterius admitto, ſed de priori admodum dubito. Habent legatarii *hypothecam tacitam* in omnibus defuncti bonis; et ſic quoque in illud praedium, vnde reditus legati ſunt, et hoc eo magis, quia ea intentione teſtator praedium aſſignaſſe videtur, vt pro reditibus

An legata pia ex certo fundo relicta gaudeant hypotheca tacita?

ſpecialiter obligatum ſit. Hac poſita ſententia, cauſa pia nullum *ius ſingulare* habet, ſed potius ex *iure communi* hac hypotheca more aliorum legatariorum gaudet. Neque ex *l. cit. vlt.* contrarium euincitur, quae loquitur de reditibus ex certo fundo per modum *pacti* debitis, quod hypotheca tacita deſtituitur; multo minus *l. 21. cit.* contrariae ſententiae patrocinium praebet, quae tantum admittit alienationem eiusmodi praedii, ſaluo tamen legato, vt dicitur in *l. 120. de leg. I.* neque enim, quae iure tacitae hypothecae tenentur, alienare prohibentur.

Legatum pium in alterius arbitrium ſimpliciter conferri nequit.

§. XIII. Legatum in alterius arbitrium conferri non poſſe certum eſt, prout plenius ex iure ciuili declarat, et quae obſtare videbantur, reſoluit GONZALEZ *ad c. 13. X. de teſtam. n. 3. ſeqq.* ſed (XIII) legata pia recte in arbitrium tertii conferri poſſe autumant *per cit. c. 13.* prout ex communi interpretum ſententia ſtatuunt TIRAQVELL. *priu. 64.* Cardinalis de LVCA *de teſtam. diſc. 45. n. 3.* Plerique interpretes multas difficultates in *cit. c. 13.* deprehendunt, quae tamen ex antiquitatibus facile ſuperari poſſunt. Impetrauerat Epiſcopus Altiſſiodorenſis ſedis Apoſtolicae indultum, *quod ordinatio rerum Clericorum ab inteſtato decedentium libere in ſua poteſtate ac diſpoſitione permaneret.* Hic duo praemitto: (1) Indultum tantum loqui de rebus Clericorum *non patrimonialibus:* nam in patrimonialibus Clerici heredes ſuos agnatos habebant, vt recte obſeruat GONZALEZ *ad cit. t. X. n. 7.* adeoque harum ordinationem Epiſcopus ſibi arrogare non poterat. (2) Indultum hoc maioris ſecuritatis gratia fuiſſe impetratum ab Epiſcopo Altiſſiodorenſi, cum alias de iure communi diſpoſitio de his bonis Clericorum in poteſtate Epiſcoporum eſſet. Forſan id inde factum, vt concertationes diutinae, et non ſemel cruentae eorum, qui huic praedae inhiabant, euitarentur, et praeſidium Epiſcopo circumponerent, iudice THOMASSINO

P. III

Digitized by Google

P. III. de diſcipl. eccl. C. II. c. 47. §. 8. *in f.* Ex hoc indulto emergebat ergo quaeſtio: *An illi, qui in voluntate et diſpoſitione alterius ſuam committunt vltimam voluntatem, nihil per ſe penitus ordinantes vel determinantes, quid cui loco vel perſonae conferri debeat, dicantur decedere inteſtati?* Ita format ſtatum controuerſiae Pontifex & decidit, quod tales non videantur decedere inteſtati. De Clericis haec quaeſtio mota eſt, de quibus conſtat, quod tempore INNOCENTII III. de *bonis non patrimonialibus* teſtamentum condere minime potuerint: id vnice iis aliquando ex conſuetudine indulgebatur, vt *piis cauſis* de iis aliquid conferre poſſent. *c.* 12. X. *de teſtam.* Vnde non diuinatorium, vt GONZALEZ *ad cit. cap.* 13. *n.* 12. putat, ſed maxime probabile eſt, de *diſpoſitione Clericorum ad pias cauſas* INNOCENTIVM III. loqui. Illuſtrat hoc THOMASSINVS *cit. l.* §. 5. *ex c.* 15. *Concil. Lateran. III. an.* 1179. *habiti.* Vnde recte arguit: *Non diſplicet Concilio, teſtamenta edi a Clericis, ſed ſiue teſtantium ſiue inteſtatorum res ad eccleſiam, ex qua deriuatae ſunt, neceſſe eſt reuocari.* Loquitur ergo Pontifex 1) de *Clericorum* diſpoſitione, 2) ad *pias cauſas*, et quidem 3) de bonis non patrimonialibus ſeu ex reditibus eccleſiaſticis acquiſitis, ſtatuitque valere eorum diſpoſitionem collatam in *arbitrium tertii.* Non adeo infrequentem eo tempore hunc morem fuiſſe, multa arguunt. Quando plane Clericus inteſtatus decedens, non diſpoſuerat in vſus pios, ſeu *pro anima*, epiſcopi erat, pro anima eius ex bonis relictis aliquid ordinare. Ao. 1136. STEPHANVS Rex Angliae ſuo iuramento, quod recitat MICHAEL ALFORDVS *in Annal. Britann. ad cit. ann. n.* 5. hanc quoque clauſulam firmare debuit: *Si quis autem Epiſcopus vel Abbas vel alia eccleſiaſtica perſona ante mortem ſuam rationabiliter ſua diſtribuerit, vel diſtribuenda ſtatuerit, firmum manere concedo. Si vero morte praeoccupatus fuerit, pro ſalute*

lute animae eius eccleſiae concilio eadem fiat diſtributio. Ante haec tempora Reges *iure ſpolii* decedentium clericorum bona ſibi vindicabant, quem morem cum aegre Clerici ferrent, hoc modo Regem Angliae conſtringebant, ne hoc iure vteretur, quin potius arbitrio Clericorum relinqueretur, vt de bonis defuncti *pro anima* eius poſſent diſponere. Quae cum ita eſſent, nonnunquam Clerici ſolebant alicui committere, vt ipſemet *pro anima eorum* bona diſtribueret, ſtatueratque, in quem vſum pium conuertenda eſſent, quem morem approbaſſe videtur INNOCENTIVS III. Exinde liquet, I) erroneam eſſe ipſorum ſententiam, qui ex hoc textu colligunt, de iure canonico teſtatorem *quemcunque*, et quidem *generaliter*, poſſe diſpoſitionem ſuam conferre in arbitrium tertii; cum INNOCENTIVS III. tantum de *clericorum* diſpoſitionibus loquatur; II) falſum eſſe, legata ad pias cauſas de quibuscunque bonis facta in arbitrium tertii conferri poſſe.

Parte legata ex re communi pia cauſa ſocium ad vendendum cogere nequit.

§. XIV. Non dubium eſt, quin ſocius partem ſuam in re communi alicui legare poſſit, interim legatarius non poteſt alterum cogere, vt partem ſuam ei vendat, niſi Dominus partem ſuam, quam habet in ſeruo, huic legauerit. *l. vlt. C. de comm. ſeru. manum.* Inde (XIV) nouum priuilegium attribuunt piae cauſae, vt, ſi pars ex re communi ei relicta ſit, illa poſſit condominum cogere ad partem ſuam ſibi vendendam, argumento a *libertate* deducto. TIRAQVELL. *cit. tr. priu. 67.* Verum quam falſiſſima haec aſſertio ſit, non multa indiget explicatione. Quod enim IVSTINIANVS id ipſum in ſeruis conſtituerit, hanc habet rationem, quia alioquin fruſtraneum fuiſſet legatum libertatis, cum ſeruus non poſſit pro parte liber et ſeruus eſſe. Aſt haec ratio ceſſat in piis cauſis, quae in parte legata ex re communi omnino vtilitatem ſuam percipiunt, vtut non prohibeantur ſocium ad diuiſionem prouocare, quo facto deinceps haec ſecundum regulas communes inſtituenda eſt. §. XV.

Digitized by Google

§. XV. Quae generaliter alienari prohibita ſunt, de illis vltima voluntate nemo diſponere poteſt. Rurſus tamen (XV) excipiunt diſpoſitionem ad piam cauſam, quod in omni prohibitione excepta videatur perſona Dei, ſicuti in ſacramento fidelitatis excepta cenſetur perſona Imperatoris et Papae, vt admodum ieiune philoſophatur TIRAQVELL. *cit. tr. priu.* 130. Hac vero ratione pia cauſa in omni prohibitione excepta cenſetur, quia quicquid ad piam cauſam legatur, Deo legatur, qui ſemper exceptus cenſetur. En egregiam huius cauſarum piarum patroni philoſophiam! Animaduerto tamen, non omnes inter veteres ICtos tam craſſe philoſophatos fuiſſe, quin potius plures recte ſtatuunt, de bonis fideicommiſſariis ne quidem ad piam cauſam diſponi poſſe, vt late ex veteranorum doctrina docet KNIPSCHILD *de fideicomm. famil. C. XI, §. 21.* Excipit tamen idem *cit. l. n.* 332. caſum *redemtionis* filii captivi, quod pro hoc bona fideicommiſſaria recte alienentur, cum in fauorem *lytri* ſpecialia iura multa ſint conſtituta. vid. HERTIVS *de lytro Sect. II. §. 22.*

Sub generali prohibitione etiam continetur legatum ad pias cauſas.

§ XVI. Pendente conditione, ſub qua factum eſt legatum, ſi legatarius interim aut moriatur, aut libertate priuetur, intercidit legatum, quia ſeruitus morti aſſimilatur. *l. 59. de condit. et demonſtr.* Aliter autem (XVI) in piis legatis dicendum eſſe arbitratur MANZIVS *in ſpecial. iur. commun. voce pia cauſa, n.* 421. quae, ſublato impedimento, reuiuiſcunt *arg. l. 46. de manum. teſtam.* Sed hoc argumentum inane eſt. Agitur *in cit. l.* de ſeruo, qui liber eſſe iuſſus eſt, *cum annorum triginta eſſet.* Quod ſi vero hic, antequam ad eam aetatem perueniſſet, in metallum eſſet condemnatus, et poſtea reuocatus, legatum ei proderit, nec metallorum poena ius eius mutabit. Ratio in promptu eſt, quia nondum *libertatis ſtatum* habuit, ergo capitis diminutionem pati non potuit, multo minus ratio praedicta, quod ſeruitus morti aſſimiletur, quae tantum *in liberis* obtinet, ad *ſeruum*, in metallum condemnatum, applicari non

Quid ſi pendente conditione pia cauſa deſtructa ſit?

Digitized by Google

non poteſt. Quomodo vero haec ad piam cauſam applicari poſſunt? Imo quis eiusmodi *caſum mortis* vel *ciuilis* vel *naturalis* in ea ſibi concipiet? Fingamus deſtructam funditus eſſe piam cauſam, monaſterium forſan, poſt aliquod tempus vero reſtitutum, pendente adhuc conditione, ſub qua legatum erat. Sane ex modo reſtituendi apparebit, vtrum adhuc legatum ſaluum ſit, non vero ex adducta a libertate legata ratione.

Legitima liberorum grauari nequit per legata pia.

§. XVII. Ipſam legitimam liberorum non poſſe grauari aut minui quovis modo conſtat. *l.* 32. *C. de inoffic. teſtam.* Diſputant tamen et in controuerſiam vocant (XVII) an non legitima liberorum minui poſſit per legata ad pias cauſas? BARBOSA *L. II. iur. Eccleſiaſt. C.* 13. *n.* 33. Et quidni dubitarent, cum magis fauendum eſſe cenſeant piae cauſae quam liberis, et quod in dubio, h. e. in diuerſis ſententiis, ſemper pro pia cauſa pronunciandum ſit? IDEM *cit. l. n.* 35. Sed hos recte redarguit AVGVSTIN. *in c. f. C.* 17. *q.* 4. quem etiam ſaniores merito ſequuntur, docentes nullum grauamen legitimae inferri poſſe per legata ad pias cauſas. B. STRYK. *in Caut. Teſtam. c.* 17. *membr.* 2. *n.* 7. KNIPSCHILD. *de fideic. famil. c.* 6. *n.* 151. HARPRECHT. *de iur. deduc. duas quartas* §. 116. BESOLD. *Conſ.* 263. *n.* 24.

Concluſio.

§. XIIX. Multa praeterea adhuc conſarcinari ſolent priuilegia in fauorem piarum cauſarum, ad doctrinam de heredis inſtitutione vel ſubſtitutione ſpectantia, quae vel ideo tangere nolui, quia tantum de *legatis* agendi animus fuit. Quin praeterea plura adhuc circa legata adduci ſolent, quae ita tamen comparata ſunt, vt facile ex hactenus dictis imbecillitas argumentorum colligi et erui poſſit, adeoque plura addere nolo, ſed piorum legatorum patronos decenter rogo, ne nimis favorem eorum extendendo vel rationem rectam eiurent vel prodant, ſe iurium interpretes prorſus ineptos eſſe.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXI.

AD LIB. XXXVII. PAND. TIT. VI.

DE

CONFERENDIS BONIS

SECVNDVM IVS SAXONICVM ELECTORALE.

CAPVT PROOEMIALE

DE

COLLATIONE IN GENERE.

ARGVMENTVM.

I. Principia doctrinae de conferendis bonis.
II. Quinam iure Rom. et Saxon. conferant.
III. Collatio in genere quid?
IV. V. Collatio in ſpecie. Imputatio.
VI. Vtriusque diſcrimen.
VII. Regulae de collatione.

§. I.

Principium doctrinae de conferendis bonis.

Omnis doctrina de *conferendis bonis*, praecipue ſi de *ſucceſſione coniugum* quaeſtio eſt, duobus hodie nititur principiis: 1) *communione* nimirum *bonorum*, quae inter coniuges in locis Germaniae quam plurimis tam iure nouo, quam antiquo, vſitata eſt; et 2) *legibus* huius vel illius Prouinciae, *quibus communioni bonorum ex parte derogatum eſt.* Leges antiquae Germaniae pleraeque ſatis probant, inter coniuges patrimonium obtinuiſſe indiuiſum, quin imo non ſolum leges proprie ſic dictae, ſed et ſtatuta localia, quae nunc ad immenſum prope numerum excreuerunt et excreſcunt, de eiusmodi obſeruantia multis modis teſtantur. Sic e. g. in iure Sax. Prouinc. *Lib. I. art.* 31.

ſatis

ſatis clare traditur regula: *Mann und Weib haben nicht gezweyet Guth zu ihrem Leibe, kein Weib mag auch ihres Guthes nichts vergeben ohne ihres Mannes Willen, daß er es durch Recht leiden darf*, et in *ſtatut. Mulhuſanis Lib.* 4. *art.* 20. §. 1. et 2. *kommen zwo Perſonen ohne Kinder zuſammen und erzeugen Kinder mit einander, ſtirbt alsdenn derſelben Eheleute eines ſo* etc. *bleibt das überlebende Theil ein Herr aller Güther*. Eadem diſpoſitio habetur in *iure ſtatutario Colonienſi art.* 37. *p.* 61. in *Ducatu Sleſuicenſi* et *regno Daniae teſt.* CYPRAEO *de iur. connub. C.* 5. §. 14. *n.* 4. conf. Praeſidis diſſert. *de aeris alieni inter coniuges Hamburgenſes communione*. Equidem inficias ire non poſſum, quaedam circa iura ex dicta communione bonorum oriunda in hac vel illa Germaniae Prouincia ſucceſſu temporis eſſe immutata; aſt plenariam abrogationem huius communionis inuenire vix vllibi licebit. vid. Dn. de LVDEWIG diſſ. *de ſucceſſ. coniug. diſſ.* 2. *lit. ll. et diſſ.* 7. *in not.* Haec immutatio, vti videtur, originem duxit a iuris Romani ad ſtatum Germaniae a doctoribus facta applicatione, circa quam nonnulli notitiam rationum legum neglexiſſe videntur. Iure enim Romano, et quidem adhuc ſub imperatoribus gentilibus, vinculum coniugale admodum erat laxatum, non perpetuum, ſed ad inſtar contractus diſſolubile, vti probauit Dn. Praeſes *dict. diſſert. de aeris al. int. coni. etc.* §. 2. ergo et communio bonorum tunc temporis locum ſibi vindicare non poterat, quae ratio ſtatus Romani a Germanico & caeterarum regionum ſtatu hodierno multis modis differt, et ſane abhorret. Exinde apparet, quid praeſtet iſta doctrina, qua ius Romanum, neglectis legum rationibus ſeu fundamentis, ad ſtatum Germaniae, Galliae etc. vtpote hac in re a Romano diuerſiſſimum, accommodatur. Equidem plerisque in locis ius Germanicum antiquum quoad hunc paſſum eſt retentum, quod et ex communi

Digitized by Google

muni regula, qua ante omnia in decidendis cauſis ad *iura patria* reſpiciendum eſt, fieri debebat; interim tamen quibusdam in locis interpretes ab iis receſſerunt, quae fata etiam Saxonia experta eſt. Itaque de *collatione Saxonica* acturo *communionis bonorum*, tanquam principii plurimarum concluſionum, praecipua ratio habenda eſſe videbatur.

§. II. Iure ciuili ſoli deſcendentes ſine diſcrimine ſexus, gradus et poteſtatis, *l.* 17. *C. de collat. Nou.* 18. *c.* 6. non vero adſcendentes, *arg. l.* 19. *C. eod.* nec collaterales aut extranei, *arg. d. Nou.* 18. *c.* 5. *et* 6. conferre tenentur, quod in Electoratu Saxoniae quodammodo immutatum eſt, vbi magis ad naturam negotii et rei, quam ad differentiam inter deſcendentes et extraneos reſpicitur, vti ex ſubſequentibus apparebit. *Differentia iuris ciu. et Sax.*

§. III. COLLATIO videlicet *in genere* eſt legibus ciuilibus et naturalibus ſtatuta exaequatio, qua id, quod ex bonis nobis nondum propriis, quorum tamen proprietas ſperatur, anticipauimus, circa diuiſionem intuitu accipiendorum modo inſtituendam, in conficiendis rationibus additur ſummae. Summa haec eſt vel *totius ſubſtantiae pretium*, vel *pars eiusdem*, vnde oritur diuiſio, qua accepta adduntur vel ſummae ſummarum, vel ratae parti: illud dicitur collatio ſtricte ſic dicta, germ. *Einwerfung in gemeine Theilung*, hoc vero imputatio, *die Einrechnung*. *Quid ſit collatio in genere.* *Diuiſio eiusdem.*

§. IV. COLLATIO *in ſpecie* eſt reſtitutio acceptorum eum in finem ficte, vel reapſe, facta, vt eorundem conſortes, vel coheredes ſaluis bonis nondum diuiſis ſimul participes euadant. IMPVTATIO vero eſt compenſatio quaedam, qua bona ex alienis facultatibus iam accepta portioni nobis nunc debitae ita imputantur, vt portionis nobis nunc debitae implementum efficiant. *Quid ſit collatio in ſpecie, nec non imputatio.*

§. V. Explicui terminos *in Tr. de Statutis local. et iurib. fem. p.* 1. *cap.* 1. §. 107. hoc modo: collatio *heiſſt, wenn*

man unterſchiedener Güther, oder deren Werth, zur Maſſa *ſchlüget, und dieſe* Maſſam, *nachdem nämlich das, was man zuvor weg hat, oder z. Ex. die Gerade, darzu geſchlagen worden, alſo eintheilet, daß ein ieder Intereſſent ſeine ihm zuſtändige* Ratam *davon bekomme.* Imputatio *hingegen heißt, wenn die* Maſſa *nicht verſtärkt, ſondern ſogleich in die gehörigen Theile getheilet, hernach aber erſt einem ieden dasjenige, was er vor andern übermäßig erhalten, in ſeinen Antheil eingerechnet wird.*

Interdum conducit imputare, interdum conferre. §. VI. Equidem multi *imputationem* cum *collatione* confundunt, et non, niſi a poſteriori et exemplis diſcernunt, primo ducti intuitu: aſt plus vno modo et innumeris exemplis a ſe inuicem diſtant. Interdum enim conducit *conferre,* interdum *imputare,* v. c. Maſſa hereditatis diuidenda ſint 300. thaleri, geradae vero pretium 100. thaleros exaequet. Quodſi igitur gerada ſit conferenda, 400. th. omnem ſubſtantiam efficiunt; porro finge legitimam eſſe *tertiam totius maſſae,* quo caſu 133. th. cum 8. groſſis, vtpote ex 400. thaleris $\frac{1}{3}$ conſtituentes, legitimam conſtituunt. Cum igitur filia 100. thaleros ſub titulo geradae iamiam acceperit, reſtant adhuc 33. th. 8. gr. quos ad implendam legitimam exigere valet, h. e. 33. th. 8. gr. acceptis 100. thaleris ſunt ſuperaddendi. E contrario *imputatio* dicitur, ſi ex maſſa hereditatis, quae, vt dixi, 300. thaleros attingit, legitima deducitur, quo in caſu 100. modo thaleri eandem conſtituunt. Quoniam igitur filia 100. thaleros anticipando iam accepit, (nam ſuppono, geradam valere ex taxatione 100. thaleros) pretium geradae, ſeu eius, quod filia in anteceſſum accepit, cum legitimae quantitate coincidit, ita, vt eidem ex mobilibus nihil vlterius debeatur. Atque poſtrema computatio etiam in caſu adducto iuris eſt, ſiquidem imputatio geradae eum in finem adinuenta ſit, vt legitimae quantitas in fauorem mariti, qui in Electoratu Saxoniae res mobiles iure ſuo lucra-

Digitized by Google

lucratur, quantum per regulas aequitatis fieri poteſt, imminuatur, idque vnice per *modum exceptionis* reſpiciatur, vtrum aliunde liberis ſalua ſit legitima? Differt itaque imputatio a collatione in dicto caſu, vt 100. th. a 133. th. 8. groſſ.

§. VII. Quo vero in quouis negotio conſtet, vtrum *collatio*, an vero *imputatio* locum habeat, criterii loco ſequentem trado regulam: Quotiescunque collaturus ſingulari iuris ratione vel priuilegio, prae reliquis conſortibus, vel coheredibus munitus eſt, toties ea, quae anticipauit, *vel plane non conferre*, *vel imputare* tantum, tenetur: aſt quoties conſortes &c. paribus et aequalibus gaudent iuribus, toties non *imputatio*, ſed *collatio* locum habet, quo in caſu maſſa in partes nimirum aequales diuiditur, niſi expreſſa et in legibus fundata limitatio obſtet, e. g. frater fratri caeteris paribus conferre tenetur, quia paria habent iura; ſoror vero fratri geradam regulariter non confert, quia ſorori gerada ſpeciali legis Saxonicae priuilegio praecipui loco defertur. Similiter pater, licet ex rebus mobilibus legitimam filiarum ſuppleat, omnia tamen mobilia in partes aequales minime diuidit, ſed *ſupplet* modo filiarum legitimam, quia ex ſingulari legis Saxonicae prouiſione heres mobiliaris vxoris defunctae exiſtit, adeoque *imputatio*, non vero *collatio*, hic locum ſibi vindicat, quod et e contrario de *gerada filiae* intuitu patris dicendum, ſiquidem haec totam retinet geradam, quantumcunque eius pretium ſit, i. e. filia patri geradam plane non confert; ſed ſi geradae pretium ad legitimam nondum accedat, gerada ante omnia aeſtimatur, quo facto pater, quod deeſt, ex mobilibus ſupplet, i. e. filiae geradam imputat, adeoque collatio ſtricte ſic dicta hic ceſſat.

Criterium imputationis.

CAP. I.

DE COLLATIONE STRICTE SIC DICTA.

ARGVMENTVM.

VIII. Vidua ad collationem tenetur ex iure Saxonico Electorali marito ſuccedens.
IX. Non vero in ſucceſſione pactitia.
X. Nec in ſucceſſione ex ſtatuto locali.
XI. Ius optionis et retentionis viduae.
XII. Eius obligatio ad inuentarium patrimonii exhibendum.
XIII. Liberi viciſſim matri conferre tenentur, et quaenam?
XIV. Etiam poſthumi.
XV. Modus computandi legitimam et portionem ſtatutariam.
XVI. Quatenus certa bona a collatione eximi vel haec prohiberi poſſit.

§. VIII.

Leges ſunt fundamenta concluſionum.

Quoniam in Iurisprudentia leges, et quod his aequipollet, ſunt principium omnium concluſionum, fundamenti loco iam pono *conſtitutionem El. Sax.* 20. *p.* 3. vbi dicitur, quod *vidua*, marito decedente *relictis liberis* vno vel pluribus, deficientibus pactis dotalibus, *quartam* partem, i. e. ¼ ipſius bonorum, *nullis* vero *relictis liberis*, *tertiam* ſeu ⅓ deducto aere alieno, collatisque vtroque caſu bonis ſuis omnibus, capiat. Circa hanc legem varia ſunt notanda; mihi vero iam ſufficiat, eorum, quae *principii* loco ſunt, mentionem facere, aſſerendo: 1) deſcriptionem bonorum ac inuentarium petere poſſe omnes, quorum intereſt; *l. cum plures.* 15. *D. d. reb. aut. iud. poſſ.* 2) in hereditatis diuiſionem venire hodie in collationem, quicquid prohibitum

Portio ſtatutaria ſecundum Ius Sax. Elect.

Digitized by Google

tum non eſt, ne veniat, *l.* 20. *Cod. d. Collat.* quod 3) praecipue de *deſcendentibus* intelligendum: *l.* 17. *cod.* IAC. SCHVLT. *L.* 2. *pract. qu.* 65. *n.* 52. *ſeqq.* 4) res collationi, vel imputationi alias obnoxias; quae vero caſu fortuito perditae ſunt, *l.* 2. §. 2. *d. Coll.* 5) dotem, pretium non attingentem earum rerum, quas fratres a patre viuente acceperunt: *l.* 39. §. 1. *D. fam. erciſc.* 6) bona caſtrenſia et quaſicaſtrenſia, e. g. equos, quos pater filio militi dedit: *l.* 1. §. 15. *D. d. Coll. l.* 1. *C. d. caſtr. pec.* 7) expenſas ſtudiorum cauſa et pro gradu academico erogatas, *l.* 5. *D. fam. erciſc. Dec. El. Sax. nou.* 50. *d. l.* modo ſalua ſit liberorum legitima: *d. Dec.* 50. item 8) διδακτρον artifici, vel opifici pro informatione filii ſolutum; Dn. BERGER. *oec. Iur. L.* 2. *t.* 4. *th.* 51. *not.* 7. *ſeq.* 9) expenſas nuptiales, quae doti non fuerunt imputatae: Dn. BERGER. *p.* 1. *Supplem. ad E. D. F. t.* 45. FINCKELTH. *obſ.* 6. 10) *dona nuptialia:* BERGER. *oecon. Iur.* L. 2. *t.* 4. *th.* 51. *n.* 9. 11) alimenta filio, eiusdemque familiae praeſtita: BERG. *p.* 1. *Supplem. ad El. D. F. t.* 45. §. 11. 12) donationes ſimplices et remuneratorias, Dn. WERNHER. *Sel. obſ. for. p.* 1. *obſ.* 317. propter obſtantes leges expreſſas opinionesque lectorum regulariter non conferri. quibus et hoc addo: licet conferenda absque vſuris et fructibus conferantur vel imputentur, fructus tamen et vſurae a *tempore mortis* praeſtandae ſunt et currere incipiunt, *l.* 5. §. 1. *d. dot. coll.* BERGER. *oecon. Iur. L.* 2. *t.* 4. *th.* 51. *not.* 7. *p.* 494.

§. IX. Ex hiſce principiis ſequentia fluunt conſectaria: *De ſucceſſione pactitia.* 1) Vidua Saxonica ex pactis dotalibus ſuccedens bona ſua non confert, ſed dotem aliaque bona praecipua habet vna cum portione ex pactis dotalibus ſibi debita. Dicta enim lege publica nihil de *ſucceſſione pactitia* diſpoſitum, et collatio in perſonis extraneis (quippe quae vt plurimum ex ſingularis legis prouiſione ſuccedunt) et quibus etiam vxor in ſenſu latiori annumeratur, *Nou.* 107. *cap.* 1. absque legis

 diſpo-

diſpoſitione, locum non habet: ANT. FAB. *in Cod. L.* 4, *t.* 4. *d.* 1. *n.* 1. CARPZ. *p.* 3. *C.* 20. *d.* 4. ergo deeſt ratio collationis.

De ſucceſſione, quae fit ſecundum ſtatuta loci. §. X. 2) Si ſuperſtiti vxori ſtatutum quoddam locale portionem ex bonis mariti (vel potius ex bonis communibus) deferat, hanc praecipuam habebit abſque onere collationis. Demonſtratio huius aſſerti deſumi poteſt ex *l.* 16. *D. de leg.* et iis, quae tradit MATTH. BERLICH. *p.* 3. *Concl.* 27. *n.* 47. Eſt et praeterea eadem ratio ſtatuti localis et pactorum dotalium. CARPZ. *d. l. d.* 7.

De iure optionis viduae competente. §. XI. 3) In *Electoratu Saxoniae* ius *optionis* viduae non nobili portionem ſaltem ex conſtitutione Electorali petenti conceditur, neutiquam vero ad ſtatutum locale hoc extendendum, GOLDB. *Tr. d. Iur. Ger. c.* 5. *t. de Imo ordine ſucc. n.* 47. quod extra Electoratum Sax. ſecus. IDEM *c. l.* 4) Vidua in concurſu creditorum mariti, repudiata portione ex ſtatuto locali ſibi debita, illata vna cum gerada repetere poteſt, *Reſcr. El. Sax. d.* 15. *Decembr.* 1606. et competit viduae in bonis defuncti mariti ius retentionis, donec ei ſatisfactum fuerit, quo in caſu interea temporis pro adminiſtratione bonorum, reddendisque rationibus viduae honorarium, liberis vero alimenta vsque ad motum concurſum, facta a magiſtratu moderatione, praeſtantur, in quem modum paucis abhinc annis ſummum prouocat. iudicium, quod Dresdae eſt, in cauſa conc. cred. B. T. iudicauit.

Viduae ius retentionis competit.

Portio ſtatutaria ſecundum Ius Ciu. Praeterea et *incidenter* hic notandum eſt, quod de iure ciuili, deficientibus pactis dotalibus et ſtatuto locali, vidua *praeter dotem*, nihil ab heredibus petere valeat, niſi matrimonium ſine dote contractum, vel dos adeo parua fuerit, vt illa *inops* ſe commode inde alere nequeat. Nam tunc, ſi tres, vel pauciores liberi adſint, marito diuiti in *quartam* partem, ſin plures, in *portionem virilem* ſuccedit. *Auth. Praeterea. C. Vnd. V. et Vx. Nou.* 53. *c.* 6. *Nou.* 117. *c.* 5. conf. ea, quae dixi ſupra §. 1.

§. XII.

Digitized by Google

§. XII. 5) Quoniam ille, aduerſus quem praeſumtio militat, eandem probatione aliquali elidere debet, etiam de femina hoc dicendum eſt. Haec enim inuentarium totius patrimonii exhibere tenetur heredibus, quo deficiente, facultates iurato manifeſtandae ſunt, a. *text. im Land-R. L.* 1. *a.* 13. *arg. l. vlt.* §. *ſic vbi. C. de his qui ad Eccl. confug.* nec marito permiſſum eſt, obligationem inuentarium edendi etc. vxori remittere, *v. Statuta local.* §. 101. alias v. g. Titius, qui dicit, Caiam 1000. th. accepiſſe, adeoque hos conferre teneri, aſſertum probare debet; vel, qui dicit: tibi incumbit conferre, dicat etiam, quid ſit conferendum. MEV. *p.* 1. *Dec.* 85. *Vidua inuentarium exhibere tenetur.*

§. XIII. 6) Cum vidua omnia ſua bona in dicto caſu conferre teneatur, ſunt, qui liberis ex natura correlatiuorum ad augendam portionem ſtatutariam idem onus conferendi antea accepta imponunt, CARPZ. *p.* 3. *c.* 11. *d.* 27. ex ratione, quod portio ſtatutaria ex vniuerſis defuncti mariti bonis, ſereniſſ. Saxone iubente in *Conſt.* 20. ſit deducenda. Meo quidem iudicio ob regulam §. 1. traditam ea ſolummodo conferre tenentur, quae *durante matrimonio* a parentibus acceperunt, nimirum 1) dotem donationemque propter nuptias, cuius intuitu etiam vſurae ex mora conferendi debentur: CARPZ. *p.* 2. *C.* 30. *d.* 19. 2) quicquid tempore mortis parentum in natura adhuc extat: 3) ſubſidium paternum, COLER. *p.* 1. *Dec.* 62. *n.* 11. STRYK. *d. Succeſſ. ab int. Diſſ.* 11. *c.* 5. §. 6. 4) Sumtus impenſos ad impetrandam diſpenſationem matrimonii in gradu prohibito contrahendi: STRYK. *c. l. c.* 4. 5) ſumtus, qui a ſponſa e patris liberalitate ad ſponſum peruenerunt, Dn. BERGER. *oecon. Iur. L.* 2. *th.* 51. multam a patre pro filio ſolutam; et tandem 6) filia patri ſuccedens dotem ab auo acceptam in patris hereditatem et legitimam conferre tenetur. ALCIAT. *de praeſ. Reg.* 1. *praeſ.* 17. *n.* 1. *Quaenam a liberis ſint conferenda.*

§. XIV. 7) Quoniam nati melioris non ſunt conditionis poſthumo, huic omnino conferre tenentur, vxor vero, ſi maritus ſoluendo non eſt, confert tantummodo actionem contra maritum. *Nou.* 97. *c.* 6. BERGER. *oecon. Jur. L.* 2. *tit.* 4. *p.* 496.

Modus computandi legitimam, nec non portionem ſtatutariam.

§. XV. Modus *computandi* portionem ſtatutariam varius eſſe poteſt; vel enim 1) vidua, collatis ſuis bonis, v. g. dotalibus, ante omnia *portionem ſtatutariam*, poſtmodum vero liberi legitimam, ſi forſan hereditas a patre nimis grauata, accipiunt; vel 2) vice verſa; vel 3) computatur *portio ſtatutaria* ex bonis vtriusque coniugis mediante collatione adhuc coniunctis: ante vllam *legitimae* detractionem: dein legitima computatur ex bonis defuncti parentis tantum, non quidem detracta prius portione ſtatutaria, ſed tamen detractis illis bonis, quae *proprio iure* ad vxorem pertinent, ſiue marito illatis. In hunc modum pronunciauit *Fac. iur. Viadr. an.* 1685. teſt. BARTH. *diſſ. iur. voc. legitima. Tertius* modus a *primo* in eo differt, quod laeſionem in *legitima* impediat, ſi pater liberos legatis onerauit; aſt ratione *portionis ſtatutariae*, quae viduae debetur, conueniunt. Parum quidem referre videtur, vtrum portio ſtatutaria, an legitima prius deducatur, ſiquidem viduae ſemper competat ius *optionis*: tunc vero hic vel ille modus viduae praecipue vſum praeſtat, quando parum, vel plane nihil, ad maritum intulit, quae paucitas illatorum non ex *illatis per ſe*, ſed ex relatione eorum ad pretium bonorum a defuncto relictorum, aeſtimanda eſt.

Quaenam collationi contraria ſint.

§. XVI. Tandem etiam ea, quae collationi contraria ſunt, pertractanda eſſent, niſi temporis anguſtia copioſam (quae in hac materia tam variis dubiis obnoxia requiritur) expoſitionem addere impediret, qua propter ſequentes ſolummodo caſus, quippe qui prae caeteris euenire ſolent, attingo. 1) Non-conferenda qualitatem hanc, qua nimirum

rum

Digitized by Google

rum a *collatione* eximuntur, ſtatim ex momento mortis patris amittunt, v. g. alimenta viuente patre accepta filius quidem non confert, quae vero poſt patris obitum accepit, omnino conferre tenetur. 2) *Parentibus* integrum eſt, *prohibere*, ne fiat collatio, modo reliqui liberi in legitima non laedantur. Eiusmodi *prohibitio* nihil aliud eſt, quam donatio implicita, et quia per donationem acquiſita non facile ſunt conferenda, item quia in iure donationes tolerantur, ſi *legitima* ſalua ſit, patet, diſpoſitionem parentum de non conferendis iis bonis, quae alias conferenda eſſent, haudquaquam eſſe inualidam. 3) *Liberis* eodem modo permiſſum eſt, prohibere, ne pater poſt mortem liberorum conferat ea, quae conferre debuiſſet, ſi haec prohibitio non exſtitiſſet, modo mater non laedatur in legitima, quae omnia etiam de vlterioribus ad- et deſcendentibus valent. Haec vera ſunt, quando ſermo eſt de prohibitione adſcendentium, ne fiat collatio a deſcendentibus, vel quando agitur de prohibitione deſcendentium, qua adſcendentes ab obligatione conferendi liberantur, vel etiam quando concurrunt collaterales; aſt nunquam eiusmodi prohibitio toleratur, ſi in *praeiudicium coniugis* vergat. Nam coniugibus, vt dixi, bona ſemper ſunt *communia*, quae communio alienationem inuita altera parte impedit; remittere vero alicui obligationem conferendi, nihil aliud eſt, quam alienare bona, ſeu alteri dono dare. Nec obſtat, quod portio ſic dicta ſtatutaria non ſemper ſit dimidia pars bonorum, eſt tamen ſemper aliqualis, v. g. tertia vel quarta pars, et ad minimum vsque ad hanc partem *communio bonorum* ſe extendit, ergo haec pars, ſeu portio ſtatutaria, iure proprietatis ad coniugem pertinet, adeoque eidem, mediante donatione ab altera parte facta, auferri non poteſt.

Digitized by Google

CAP. II.

DE IMPVTATIONE.

ARGVMENTVM.

XVII. In legitimam liberorum imputantur bona omnia a parentibus profecta.
XVIII. XIX. Quatenus gerada legitimae imputetur.
XX. Imputatio tacita.
XXI. Neptis dotem maternam, ad ſe haud devolutam, imputare non tenetur.
XXII. XXIII. Caſus ſpecialis, quo gerada legitimae imputatur.
XXIV. Modus computandi legitimam.
XXV. Matris ius diſponendi de gerada legitimae imputanda.
XXVI. Imputatio in aſcendentium ſucceſſione.

§. XVII.

Conſtitut. El. Sax. 11. p. 3. cum conſt. 37. conciliatur.

Antinomia primo intuitu ſubeſſe videtur, quando in *conſt. El. Sax.* 11. *P.* 3. dicitur, computari in *liberorum legitimam*, quicquid vigore ſtatuti, aut alia ratione, e *bonis parentum* conſecuti ſunt, ſiue ſint res geradicae, ſiue minus, cum tamen *conſtitutione* 37. *P.* 3. expreſſis verbis diſpoſitum ſit: filias, etſi in hereditate ſuccedant, geradam tamen petere non prohiberi. Reſp. loquitur *conſt.* 37. de iure *filiarum*, quatenus illae cum *fratribus* matri ſuccedunt; *conſt.* 11. vero de illo caſu, quo pater ſuperſtes, tanquam heres Saxonicus mobiliaris, res geradicas, quas filia accepit, vel accipit, eius legitimae maternae eum in finem imputat, ne ſit neceſſe, legitimam ex mobilibus praeſtare, neque res mobiles maximam partem marito eripiantur. Filiis vero, ſeu reſp. fratribus, ex gerada materna non niſi *in ſupplementum* debetur legitima, BERGER. *P.* 1. *ſupplem. E*

D. F

D. F. t. 45. *num.* 13. RICHTER. *de ſucceſſ. ab int. S.* 1. *membr.* 1. *n.* 60. STRVV. *Ex.* 18. *n.* 25. GOLDB. *d. ger. c.* 6. *n.* 11.

§. XVIII. Simili modo, ob paritatem rationis, maritus filio clerico legitimam maternam praeſtans ex mobilibus defunctae vxoris, geradam, cuius filius clericus capax eſt, legitimae imputare poteſt; *Landr. a.* 5. *l.* 1. *Gl. Landr. l.* 1. *a.* 31. quod et ſecundum ſententiam CARPZOVII de matre dicendum, quippe quae *res expeditorias* legitimae filiorum paternae imputare non prohibetur. CARPZ. *p.* 3. *C.* 11. *d.* 9. Quod enim iuris eſt in *gerada* reſpectu cognatorum, idem quoque obtinet in *rebus expeditoriis* reſpectu agnatorum. *art.* 15. *Landr. lib.* 3. *Gl. germ. in a.* 24. *L.* 1. *Landr.* In ſororum vero colliſione, quae matri ſuccedunt, altera in alterius gratiam geradam conferre tenetur, quia ſecundum regulam ſupra traditam ſorores paria iura habent, ſiquidem et eo in caſu priuilegia filiabus intuitu *geradae* data ceſſant, quando maritus vxori in gerada ex ſtatuto locali ſuccedit. Tunc enim tam filiis, quam filiabus, ex eiusmodi gerada legitima debetur. Nam cuiuscunque maritus capax eſt, illud non eſt gerada; ergo maritus filiorum legitimam de gerada ſuppleat maternam, neceſſe eſt.

De filio clerico, et rebus expeditoriis, nec non colliſione ſororum. De gerada degenerante.

§. XIX. Regula itaque eſt, *geradam neque legitimae neque hereditatis portioni imputari*, ſed tanquam praecipuum in filias transferri; exceptio vero: *marito ex mobilibus legitimam ſupplenti integrum eſſe, geradam legitimae imputare.* Sic enim filiae primum *geradam* accipiunt, poſtea *legitima* ex maſſa hereditatis et mobilibus, non vero ſimul ex gerada, CARPZ. *p.* 3. *C.* 11. *d.* 3. computatur, quo facto videndum, an gerada tantum valeat, quantum legitima filiabus debita. Sin valeat minus, defectus ex hereditate, e. g. mobilibus, ſuppletur; ſin valorem legitimae gerada

Continuatio.

Digitized by Google

attingat, fit compenſatio; ſin excedat, retinet quidem filia geradam, ſub titulo *legitimae* vero nihil amplius exigere valet, quibus in caſibus gerada nunc titulo legitimae inſignitur. *v. Stat. local. reſponſ. P. II. p.* 543. Porro ſciendum, computari legitimam more ſolito ex bonis hereditariis, et quidem in caſu praeſenti ex *mobilibus*, cum immobilia deficiant, vnicuique liberorum ratam ſuam partem dari, filiabus vero imputari geradam a patre, (non a fratribus) ſc. vt eiusmodi imputatio vnice in *patris*, non *fratrum*, vtilitatem cedat.

De imputatione tacita. §. XX. Gerada, quam pater ob nondum factam diuiſionem, vel etiam adminiſtrationis aut aſſeruationis gratia, cum fortaſſe filia nondum ſit adulta, retinuit, quae gerada tamen ad filiam pertinet, poſt obitum patris, legitimae filiarum non imputatur. Nam imputatio in *fauorem mariti* cedit, et tanquam *ius perſonale* ad heredes non tranſit. *l.* 68. *D. de R. Iur.* Creditores itaque patris, filias, vt geradam maternae legitimae imputent, cogere non poſſunt. *arg. l.* 6. *§. f. l.* 7. *in f. D. de inoff. teſtam.* Creditoribus quidem actio Pauliana pro reuocandis acquiſitis alienatis, non autem pro vindicandis nondum acquiſitis, atque ſic nec alienatis, competit. *l.* 6. *D. quae in fraud. cred.* Neque dicendum, patrem in caſu adducto imputationem in *fraudem creditorum* omittere, cum aliud ſit, bona ſua acquiſita fraudulenter alienare, aliud bona plane non acquirere. In bonis, quae pater nondum acquiſiuit, creditoribus nullum eſt ius, praecipue cum non praeſumatur, creditores ſub hac conditione patri antea fidem habuiſſe. Ad non cogitata vero interpretatio non debet extendi. Nec obſtat, quod ius imputandi ad actiones et actiua nomina pertineat, quae, antequam pater aes alienum extinxit, eius bona propria eſſe non dicuntur. Nam deſiderant creditores imputationem non ex *proprio*, ſed *patris* iure; pater vero, qui non eſt in viuis, per rerum natu-

Digitized by Google

naturam conueniri non poteſt; praeterea iuri ſuo quisque, ergo et pater, renunciare poteſt, quia dicta conſtitutio non eſt lex praeceptiua, ſed permiſſiua. Hic eſt primus caſus, nimirum quando pater imputationem intermiſit, et poſt ipſius mortem quaeſtio haec ventilatur. Secundo quaeritur: an pater adhuc viuens a creditoribus ſuis cogi poſſit, vt geradam filiabus imputet in legitimam? Magis adhuc dubia videtur haec quaeſtio, antecedente. Licet enim inter creditores patris et patrem de imputanda gerada expresſis verbis non fuerit conuentum, cum caſus tunc temporis nondum exſtiterit, quo imputatio fieri potuiſſet; omnis tamen obligationis ſenſus eſt: quod debitor quaeuis media ſolutionis licita adhibere teneatur. Imputatio vero eſt medium licitum; ergo tacite in obligationem patris deducta eſſe videtur. Nam ſi pater geradam, quam filia indiſtincte accipit, legitimae, quae ex bonis defunctae matris ad filiam pertinet, imputat, pater quoad pretium geradae omnino locupletior fit, ſiquidem tunc res mobiles vel ſolus retinet, vel ex iis minimum filiae tradit; res geradicae manent quidem penes filiam, aſt non vt praecipuum, ſed vt bona hereditaria, quia legitimae imputantur, quo in caſu viduus legitimam ex rebus mobilibus non ſupplet, ſed ſolus retinet. Ergo imputatio haec medium eſt, quo creditoribus ſatisfieri poteſt, et quidem medium licitum, conſequenter tale, ad quod pater adhibendum tenetur. Exceptio enim patris, huius medii ſolutionis ſpecialiſſimi, in contrahendo obligationem, mentionem non fuiſſe factam, nullius momenti eſſe videtur, quia de mediis ſolutionis ſpecialiſſimis rariſſime mentio fieri, et tamen obligatio in ſalvo manere ſolet. Equidem media ſolutionis in arbitrio debitoris poſita ſunt; aſt ſi alia media deficiant, praeciſe hoc vel illud poſſibile medium apprehendere tenetur. Vera ſunt, quae iam dixi, et in recta ratione fundata, et tamen

 nihilo-

Digitized by Google

nihilominus reſtat dubium haud leue. Quid enim tunc dicendum erit de affectu pietatis paterno erga liberos, qui quoque ad praecepta rectae rationis reſpicit? anne pietati aduerſatur: ex bonis, quae liberi a matre acceperunt, creditoribus mariti, qui interdum vitricus eſt, ſatisfacere? et licet adſit lex permiſſiua, qua pater geradam legitimae imputare non prohibetur, odioſa tamen, quantum per regulas aequitatis fieri poteſt, *in dubio* ſemper ſunt reſtringenda; imputatio vero vel maxime in filiae odium adinuenta eſt. Deciſio harum quaeſtionum ſit penes prudentiores, vel quod optandum, penes legislatores.

Quod actu non eſt anticipatum, illud legitimae non imputatur.

§. XXI. Titia, cuius pater Antonius, et cuius frater Paulus adhuc in viuis ſunt, elocatur a patre Antonio, quapropter Titia 2000 thal. marito Florenti dotis loco infert. Poſt obitum Titiae, cui filia Caia et maritus Florens ſuccedunt, Florens, tanquam pater Caiae, in huius legitimam maternam geradam imputat. Gerada haec valet ex taxatione 700. thaleros adeoque legitimae, quae Caiae debetur, pretium excedit, et Caia nil, niſi geradam, accipit, dos vero manet penes maritum. Poſt haec moritur et Antonius, (Caiae auus) cui Caia, tanquam neptis, et Paulus, auunculus Caiae, ſuccedunt. Maſſa hereditatis Antonianae ſunt 6000 thal. qui inter Paulum et Caiam in partes aequales diuidendae ſunt. Paulus vero negat, diuiſionem pro partibus aequalibus faciendam eſſe, idque ſequentes ob rationes: Quoniam Caia non iure proprio, ſed repraeſentationis, nimirum *mediante ſua matre*, auo ſuccedit; alia vero iura, quam quae mater habuit, appetere Caiae non licet. Atqui Caia dotis loco 2000 thal. ab Antonio accepit; ergo haec dos portioni Caiae imputanda eſt, ita vt 1000. non vero 3000. th. Caia accipiat. Caia reſpondet excipiendo, ſe ex *bonis auitis* nihil accepiſſe, niſi geradam, geradam vero, tanquam praecipuum quoddam, ad

ſe

Digitized by Google

ſe pertinere, conſequenter neque imputationem, neque collationem, hic locum habere. Quaeritur ergo, quid iuris? Eſt haec quaeſtio valde dubia. Nam quid ſi quis obiecerit? Verum eſſe, neptes ex dote materna ad minimum legitimam capere, ſi pater geradam legitimae maternae compenſando imputat. Tunc enim gerada in locum *legitimae* ſurrogatur, ita, vt idem, quod de legitima, etiam de gerada dicendum ſit. Si igitur neptes legitiman ex dote materna acceperint, ratione huius dotis herede exiſtunt matris; ergo impedire non valent; quo minus legitimae loco accepta portioni hereditariae, quam aui bon. conſtituunt, imputentur, vel reſp. conferantur. Sed contrarium verius eſſe videtur. Quodſi enim gerada *legitimae maternae* ad neptes pertinenti imputetur, de *dote materna* nihil in eas transfertur, ſi quidem gerada legitimae quantitatem pretio exaequat vel ſuperat, ergo imputationem ratam habere non tenentur. Nam gerada non *iure hereditario*, ſed ex legis Saxonicae *ſpeciali prouiſione* ad filias pertinet, quamobrem id, quod circa hereditatem iuris eſt, ad ſucceſſionem in gerada accommodari non poteſt. Sicut enim imputatio locum non habuiſſet, ſi pater, ſeu reſp. maritus, geradam legitimae filiabus debitae, quamcunque ob rationem, v. g. quia bona immobilia, (quae forte a perſona extranea in defunctam, cum adhuc eſſet in viuis, translata fuiſſent) ad legitimam ſuffeciſſent, non imputaſſet: ita nec in caſu adducto tolerari poteſt, cum deficiat ratio differentiae. Nam ſi bona immobilia ad legitimam ſufficiunt, filiae, ſeu reſp. neptes, geradam praecipuam habent, nec eam imputari legitimae pati tenentur. Secundo adverſatur iſta opinio *conſtitutioni El. Sax.* 37. *Part.* 3. vbi dicitur: filias, licet in hereditate ſuccedant, tamen geradam petere poſſe.

§. XXII.

Caſus, quo gerada filiorum legitimae imputatur.

§. XXII. Caia vita defungitur poſt ſe relinquens ſuum maritum, Paulum, et filiam, Sophiam, et, nondum facta hereditatis diuiſione, moritur et Sophia. Haec iterum poſt ſe relinquit liberos Iuliam et Pomponium; cum igitur Paulus *iure Sax. El.* in vxoris Caiae mobilia ſuccedat, haec vero praeter geradam, aliaque mobilia, nihil in bonis habuerit: Paulus geradam legitimae, quae debetur Iuliae et Pomponio, ex auiae hereditate imputare non prohibetur. Fundamentum, ex quo deciſio huius controuerſiae pendet, eſt ius repraeſentationis, ſeu transmiſſionis. Sicut enim ius repraeſentationis in linea recta quoad fauorabilia locum habet in Saxonia Electorali, ita et quoad odioſa. Maritus filiae legitimae geradam poteſt imputare, ergo etiam hoc procedit, ſi non filiae, ſed nepti, legitima debetur; quod etiam dicendum de filio filiae, ſeu nepote, quippe qui non inter agnatos, germ. *Schwerdmagen*, ſed inter cognatos *Spillmagen*, ratione auiae ſuae, refertur, quapropter aſſertum, quo, imputationem locum habere, dixi, ſequenti modo probo:

Quod demonſtratur.

§. XXIII. 1) *Non prohibetur Paulus geradam legitimae, quae Iuliae debetur, imputare.* Gerada enim Caiae in eius filiam, Sophiam, translata eſt, quae filia, licet ob mortem ſubitaneam geradae nondum particeps fuerit facta, eam tamen in ſuam filiam, Iuliam, *ipſo iure* transtulit, ſiquidem gerada etiam non agnita ad heredes transmittitur, MODEST. PIST. *Qu.* 131. *ibique* IAC. SCHVLT. *n.* 219. ſicque neptis, Iulia, in matris locum ſucceſſit, quam ob rem ei idem, quod matri, ius competit; atqui mater boni conſulere debuiſſet, ſi gerada legitimae fuiſſet imputata; ergo et Iulia. 2) *Non prohibetur geradam legitimae, quae Pomponio debetur, imputare.* Quamuis enim Pomponius per eiusmodi imputationem legitima carere, et ſoror ſua, Caia, geradam ſola retinere poſſe videatur; attamen quia Pomponius

ponius non immediate, ſed mediante ſua matre Sophia, auiae, eoque ipſo in matris ſuae iura et obligationes, ſuccedit, praeter quae alia appetere non licet, *l.* 175. §. 1. *de reg. iur.* Pomponio aduerſus Paulum nullum ius agendi ad praeſtandam, vel ſupplendam legitimam competit; praeterea quia filiorum legitima *in ſupplementum* ex bonis geradicis praeſtanda eſt, Iulia, tanquam ſoror Pomponii, eius legitimam ex *gerada*, ſi huius pretium legitimae vtriusque quantitatem aequet, praeſtare debet; ſin vltra quantitatem legitimae ad Iuliam pertinentis, pretium geradae plane non, vel non ex omni parte, ad legitimam Pomponii ſufficiat, tunc demum Paulus legitimam Pomponii ex mobilibus Supplere tenetur.

§. XXIV. In computanda legitima, ſi vxor defuncta immobilia et mobilia ſimul reliquit, ante omnia *gerada* ſeparatur, deinde pretium omnium bonorum, mobilium et immobilium, in *vnam ſummam* redigitur, et ex hac ſumma *quantitas legitimae* determinatur. Quod ſi igitur bona immobilia ad pretium legitimae accedant, maritus, ſeu viduus, bona mobilia ſolus retinet, cum non neceſſe ſit, legitimam ex iis ſuppleri. Hic modus ideo adducendus fuit, ne ex principio iſto: maritus eſt heres vxoris mobiliaris, in errorem quis ducatur computandi legitimam ſolummodo ex immobilibus. ***Modus computandi legitimam.***

§. XXV. Integrum eſt matri, filias quoad legitimam heredes inſtituenti diſponere, vt gerada materna legitimae imputetur, reliqua vero bona filii *coheredes* accipiant ſoli, aſt *expreſſis verbis* id fiat neceſſe eſt. Nam diſpoſitio materna, qua praelegatum filiorum ex rebus geradicis ſuppletur, omnino inualida eſt. BARTH *Bericht von der Gerade, cap.* 2. §. 43. Quodſi enim imputatio diſpoſitioni maternae expreſſis inſerta ſit verbis, filiabus tamen in omnem euentum gerada adhuc manet in ſaluo, licet eiusdem pretium ***Diſpoſitio materna circa imputationem.***

Digitized by Google

tium vltra pretium legitimae excedat: quodſi vero praelegatum ex rebus geradicis ſupplendum foret, filiae haud raro laederentur.

De imputatione in adſcendentium ſucceſſione.

§. XXVI. Tandem coronidis loco ſubiicio adhuc quaeſtionem, an et mater, decedente filia, geradam praecipuam habeat; ſeu, quod idem eſt, an patri et reſp. marito, legitimae, quam mater et reſp. vxor accipit, *geradam imputare* permiſſum ſit? Equidem dubium hic ſubeſſe videtur, cum primo intuitu haud perſpectum ſit, cur filia matri ſuccedens, cuius legitimae maternae pater geradam imputat, deterioris eſſe debeat conditionis, matre ſuccedente filiae? Sed perpendendum, imputationem dicta *conſtitutione El. Sax.* 37. *p.* 3. vnice in *fauorem mariti*, vxori ſuccedentis introductam eſſe, non vero *mariti*, ſeu patris, ſuccedentis filiae. Bona enim mobilia vxoris defunctae fortiori iure ad maritum pertinent, quam filiae ad patrem, quia ſucceſſio mobiliaris ſingulari legis beneficio marito defertur, circa ſucceſſionem adſcendentium vero eiusmodi priuilegium nullibi inuenire licet; ergo in caſu praedicto imputatio minime habet locum. Pertinet haec concluſio per vſum fori in Saxonia El. comprobata ad rudera communionis bonorum, de qua §. 1. mentionem feci. Leges enim Romanae hactenus coeco quaſi impetu ſtatui Germanico, quoad hanc materiam, accommodatae fuerunt, interim tamen ICti a ſe ipſis impetrare non potuerunt, huic principio, quod in animis omnium adhuc haeret, nimiam vim inferre, ſiquidem ſingulae prope concluſiones et ipſa Iuris Romani interpretatio mox *reſtrictiua*, mox *extenſiua*, de huius aſſerti veritate ſatis ſuperque teſtatur.

CLA-

Digitized by Google

CLARISSIMO

CANDIDATO

GOTHOFREDO AVGVSTO HOFFMANNO,

S. P. D.

PRAESES.

Argumentum, quod in patria tua admodum celebre et quotidianum habet vſum, elegiſti, quod turpe duxeris iurium perito, ignorare illud ius, in quo quotidie verſatur. Examinaſti eius ſcopulos ſedulo in tritura forenſi non tantum verſatus egregie, ſed etiam iurium ſubſidiis inſtructus, quae huic cauſae inſeruire poterant, vt ſcripta a te edita tum in re geradica, *tum in* prudentia oeconomica, *plena probant luce. Quo circa meditationes, in praeſenti diſſertatione mihi oblatas, tuae propugnationi vnice reſeruaui, mihique nil, niſi moderamen certaminis attribui, quod non expedierit, candidato iuris, fori vſu aſſueto, aliena obtrudere, eumque, ad iurandum in verba magiſtri, adducere. Tua haec ſunt, quae in hoc ſpecimine inaugurali propoſuiſti, Tibi tuaeque diligentiae vnice vindicanda, quibus, ſi temporis penuria non laboraſſes, plura adhuc pro illuſtrandis concluſionibus addere potuiſſes, praeſertim cum palam ſit, collationem eam, quae coniugum ſucceſſioni vulgo aſſignatur, magis bonorum communium diuiſioni, quam ſucceſſioni proprie dictae attribuendam eſſe. Sicuti vero horum penitiorem indagationem ſecundis curis Tuis commendaui; ita, quod reſtat, Tibi, de iuris prudentia optime merito, gratulor, et ſecundos tuorum laborum euentus ſimul ex animo apprecor. Dab. Halae d. 6. Febr. MDCCXXXIV.*

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXII.
AD LIB. XLI. PAND. TIT. I.
DE
FIGMENTO TRANSLATI IPSO IVRE DOMINII EX PROMISSIS PRINCIPVM.

CAPVT I.
DE VARIA IN HOC ARGVMENTO INTERPRETVM SENTENTIA.

ARGVMENTVM.

I. De fide a principe data ſancte ſeruanda, ſententiae doctorum. II. Reſtricta a nonnullis in caſu fidei haereticis datae. III. et IV. Iudicium de Myleri ab Ehrenbach Nomologia et Hyparchologia. V. Sententiae doctorum de promiſſis principum, VI. et de donationibus. VII. Argumenti ratio et vtilitas etiam in doctrina expectatiuarum. VIII. Re duobus ex contractu promiſſa, is praefertur, cui priori res tradita eſt. IX. Contrarium multi ſentiunt in promiſſis principum gratioſis. X. Idque propter c. 17. de praeb. in 6. XI. Opinio doctorum circa promiſſionem feudi. XII. Alii idem generatim ſentiunt in omnibus contractibus principum. XIII. XIV. Rationes huius ſententiae. XV. Iudicium de illis. XVI. Explicatur L. 19. C. de SS. eccl. et L. 34. C. de Donat. XVII. Grotii aliorumque opiniones de ſententia iuris nat. ſola voluntate dominium transferri. XVIII. Idem alii ex abſoluta principis voluntate exiſtimant.

§. I.

Encomia doctorum de fide principum.

Singularia prorſus et notatu digna ſunt encomia, atque praedicata, quae interpretes iuris de *fide principum*, con-

Digitized by Google

contractibus, conceſſionibus, priuilegiis, donationibus, imo etiam nudis aſſertionibus afferre ſolent, quibus longe grauius pondus ac quidem *pactis priuatorum* ineſſe conſtituunt, vt nil niſi effectus inuſitatos, operationes prorſus miratu dignas et exorbitantes, atque vno verbo *iura ſingulariſſima* ex hoc fonte deducant, atque deriuent. Omnium in ore eſſe ſolet illuſtre exemplum CAROLI V, qui, ab adverſariis LVTHERI, inprimis vero ECCIO ſollicitatus, vt fidem, ſuo et imperii nomine MARTINO LVTHERO ad comitia Wormatienſia vocato datam, ex cauſa, quaſi haereticus eſſet, cui nunquam fides ſeruanda, frangeret, et SIGISMVNDI veſtigiis inhaerendo, LVTHERVM poteſtati eccleſiaſticae, aeque vt olim SIGISMVNDVS HVSSVM, traderet, adduci non potuit, vt a fide recederet, quin potius conſtanti mente pronunciaret: *Wenn ſchon Glauben zu halten nicht mehr in der ganzen Welt bräuchlich wäre, ſo ſollte es doch billig ein Käyſer thun.* Praeter morem, quod mirandum eſt, ANSELMVS DANDINVS *de ſuſpectis de haereſi cap.* 4. *Sect. I. ſubſect.* 2. §. 1. *n.* 10. *ſeqq.* hoc exemplum laudat, ſibi ipſi tamen in eo non conſtans, quod fidem haeretico a Principe dari non poſſe, et ſi vel maxime data fuiſſet, illam tamen omni efficacia carere exiſtimet haereticae prauitatis vindex, quiduis arripiens, quod ad arcem cauſae ſuae ſtabiliendam quouis modo facere poſſit.

§. II. In hoc ergo vnice imperantium promiſſa limitant, reſtringunt, imo fere tollunt, quod *fidei Romanae eccleſiae* aduerſatur, vt encomia fidei principali attributa in hoc vnico caſu quieſcere debere, non tantum defendant, ſed etiam pium eſſe credant, in iis *fidem* non ſeruare, quae *fidei Romanae eccleſiae* aduerſantur, vt pluribus aſſeruit ex doctrina doctorum Romanae eccleſiae Dn. PRAESES *in T.* 4. *iur. eccl. tit. de haereticis*, §. 54. *p.* 581. *ſeqq.* His poſitis rerum circumſtantiis, fere dicere poſſes, in argumento de *Excepto caſu, ſi cum haereticis agendum.*

 fide

fide principali interpretes quandoque excedere, nimium ei tribuendo et exorbitantes effectus adſcribendo, ſimulque deficere, eidem omnem vim ſubtrahendo, vbi contra *haereticos* dimicandum eſt.

Indicium de MYLERI AB EHRENBACH *doctrina in argumento de fide principali.*

§. III. Prae caeteris, qui in hunc campum deſcenderunt, huic cauſae patronus eſſe voluit MYLERVS AB EHRENBACH *in tr.* quem *Nomologiam ordinum imperialium* vocat, in quo omnis in hoc eſt, vt, quae vulgo ab interpretibus de *fide* et *promiſſis principum* ſparſim adducta ſunt, in vnum conſarcinata ſiſtat, et argumentum hoc variis exornet concluſionibus. Etenim *cap.* 1. *de principum et ſtatuum imperii legalitate in aſſertionibus in genere* agit: *cap.* 2. hanc doctrinam ad *tractatus* et *contractus; cap.* 3. 4. et 5. vero ad *aſſertiones* et *atteſtata* applicat: *cap.* 6. ſpeciatim *aſſertionem ſtatuum ſub fide Principali* examinat, et *cap.* 7. diſquirit: an *princeps teſtis iuramento corporali obſtringendus?* praeterea *cap.* 8. ad *pacta publica ex neceſſitate ſuſcepta* progreditur, tum *ſimplicia*, tum *iuramento firmata*, de quibus *cap.* 9. Parem ſanctitatem *cap.* 10. *et ſeqq.* huic vinculo principali ineſſe cenſuit *intuitu ſucceſſorum*, et denique ita in hoc campo dimicat, vt omnia, quae ad fidem principum euehendam quocunque modo facere poſſunt, congloméret, eaque in vſus ſuos vertat.

Cenſura in eum, quod hoc argumentum omiſerit.

§. IV. Mirandum tamen eſt, eundem in hoc argumento, quod *hac differt.* ſub incudem reuocandum eſſe cenſui, magis mutum, quam piſcem eſſe, et ne quidem binis verbis illud tangere, cum tamen eius diſquiſitio primario ad ipſius ſollicitudinem pertinuiſſet, illudque vel propugnando vel improbando excutere debuiſſet. Neque enim copia dicendorum deſtitutus fuiſſet, ſi commenta interpretum potius quam commentaria ad *l.* 15. *C. de R. V.* duntaxat inſpexiſſet, eaque ad examen reuocaſſet. Nec dubito, quin in eandem cum reliquis ſcyllam incidiſſet, ſi hoc thema eius in-

Digitized by Google

induſtriam non effugiſſet. Praeterea vero quamuis in *cit. tr. cap.* 15. ſucceſſorem principis in regimine etiam obſtrictum eſſe credat, in ſeruandis expectatiuis anteceſſoris ſui, poſtea tamen in *tract.* poſt quindecim annos edito de *Hyparchologia cap.* 3. vela retraxit, atque his promiſſis omnem fere vim detraxit intuitu ipſius concedentis, easque *gratioſas conceſſiones* nil niſi *precarium* quoddam eſſe credidit, vt parum abſit, quin omnia, quae antea de *Nomologia principum imperii* collegerat, rurſus penitus deſtruxerit. Quodſi ea occaſione in hoc argumentum, cuius cauſam hic ago, incidiſſet, fere dubito, an aequali feruore, quem antea oſtenderat, *ſanctitatem promiſſorum principalium* plus aequo euexiſſet.

Concluſiones ſingulares ex ſanctitate fidei principalis communiter deductae.

§. V. Longum, imo infinitum foret, ſi omnes concluſiones ſingulares, quae ex *ſanctitate fidei principalis* vulgo trahi ſolent, colligere et examinare vellem, quae tamen vt plurimum ita comparatae ſunt, vt fere per limitationes ſubiectas rurſus deſtruantur. Nam ex hoc principio de *ſingulari ſanctitate fidei principalis* colligunt: (1) Omnes contractus a Principe et cum Principe imperii a priuatis initos eſſe bonae fidei, quod MYLERVS *in Nomologia cap.* 2. §. 2. 3. ad effectus ſingulares refert, prorſus tamen inani conatu, cum hodie omnes contractus inter quoscunque initos b. f. dicendi ſint, obſeruante SCHILTERO *Exerc. XI.* §. 20. vid. etiam Dn. PRAES. *de actionibus Sect.* 1. *cap.* 3. §. 44. (2) Contractus principum vim legis obtinere, quod tamen aeque de priuatorum contractu reſpectu *vinculi* dicendum eſt, iuxta vulgatum illud: *pacta dant legem contractui.* (3) Principes ex promiſſionibus ſuis longe adſtrictius ligari, quam priuatos. Si enim, iudice LEONE in *Nou.* 19. *nec aequum eſt, nec rationabili animali conuenit, pacta conuenta per improbationem adulterari;* multo magis hoc in principum promiſſis ſancte ſeruandis atten-

den-

Digitized by Google

dendum eſſe, facile admitti poteſt, quamuis nihilominus hoc dictum magis ad *pia monita* referendum, cum in propatulo ſit, vt plurimum executionem deficere contra principem, quae ſemper in promtu eſt contra priuatum. (4) Longe grauius peccare principem fidem frangendo, quam priuatum, quod admitti poteſt in theſi, ſed in hypotheſi raram admodum adplicationem habet. (5) Simplicem fidem principis tantum valere, quantum priuatorum iusiurandum, quod COLERVS *de proceſſu executiuo Part.* I. *cap.* 10. *n.* 250. *ſeqq.* aſſerit, et MYLERVS *cit. loc. cap.* I. §. 2. repetit; a quo tamen ipſe *cap.* 7. rurſus recedit, et teſtem principem iuramento obſtringendum eſſe credit. (6) Principem aut eius ſucceſſorem priuilegium mere gratioſum aut donationem vel aliud beneficium, a ſe vel anteceſſore collatum, pro lubitu reuocare non poſſe, quod GREGORIVS *in c.* 15. *C.* 25. *qu.* I. aſſerat, *iuſtitiae et rationis ordinem ſuadere, vt, qui ſua a ſucceſſoribus deſiderat mandata ſeruari, deceſſoris ſui procul dubio voluntatem et ſtatuta cuſtodiat.* Haec tamen parum cum iis cohaerent, quae in *Hyparchologia cap.* 3. aſſeruit, atque plena manu euicit.

Speciatim de donatione principum. §. VI. Idem quoque (7) iuris eſſe in qualibet donatione, cenſet MYLERVS in *Nomologia*, et *cap.* 13. §. 5. plenius declarat. Ait enim: *donatio, cum ſemel effectum ſortita eſt, a principe ſucceſſore inuiolabiliter cuſtodienda eſt, nec temere reuocari poteſt*, per *cap.* I. *X. de donat.* Non tamen praelaudatus autor verba: *cum ſemel effectum ſortita eſt*, declarat, aut indicat, vtrum tantum donationem ſimplici promiſſione perfectam, an vero traditione ſubſecuta in effectum deductam intelligat? cum, ſi poſterius in mente habuerit, nihil ſingulare in tali *donatione* adſit, modo de his rebus fuerit facta, de quibus principi ius diſponendi indultum; ſi vero de priori caſu ipſi ſermo fuit, merito oſtendere debuiſſet, quo titulo princeps ſucceſſor in regimine ſuc-

Digitized by Google

ſuccedat, et quo iure ad promiſſa gratuita implenda cogi queat? vtrum tantum ex regulis *decori*, an vero *iuſtitiae* obſtrictus ſit? Rationes, quae ab illo adferuntur, magis ad *praecepta decori* quam *iuris* pertinent: veluti aſſertum pontificis *in c.* 16. *de reg. iur. in 6to. decet conceſſum a principe beneficium eſſe manſurum:* item concluſio tracta ex *l.* 7. §. 3. *de donat. quod regali maieſtate maxime dignum ſit, eique conueniat, liberalitatem exercere: quod proprium regum ſit donare*, iuxta effatum OLDRADI *conſ.* 94. quae omnia ſatis probata ſunt, non tamen euincunt, quod euincere debebant.

§. VII. Hiſce alii hunc mirabilem prorſus, ſed a MYLERO praetermiſſum effectum, annectunt, quod ex nudis promiſſis principum *ipſo iure* dominium ſine vlla traditione ſemper et regulariter transferatur, et facultatem contra tertium agendi operetur. Haec concluſio ſi vera ac in iure fundata eſt, praerogatiuam ſingularem prae aliis quibuscumque pactis attribuit principum promiſſis, quam hac *diſſertatione* plenius examinare conſtitui, vt liqueat, vtrum merum figmentum huic ſententiae inſit, an vero ſolida iuris ratione iuuetur. Eo magis autem intereſt, in hoc argumento vires animi experiri, quod per varias iuris materias ſeſe diffundat, et illuſtribus etiam controuerſiis non raro applicari ſoleat. Notum enim eſt, GEORGIVM FRANZKIVM *L.* 3. *Reſ.* 1. *n.* 36. *ſeqq.* pro sereniſſima Domo Saxonica in cauſa Iuliacenſi ad hoc dogma ſtrenue prouocaſſe, atque aſſeruiſſe: *quod ex communiſſima Dd. ſententia, in gratioſa principis ſummi conceſſione, dominium conceſſae rei ipſo iure ſine traditione praeuia in conceſſionarium transeat, nec ſuperſit aliud, quam facti traditio ſiue actualis gratiae executio.* Cum enim A. 1609. linea maſculina Ducum Cliuenſium morte vltimi principis WILHELMI deficeret, et ſucceſſio horum feudorum imperii foemininorum ad ſororem primogenitam ducis deuoluta, atque

Tranſitus ad thema propoſitum.

hoc intuitu ab electore Brandenburgico et Palatino Neoburgico poſſeſſio eorum apprehenſa fuiſſet, Saxones, qualitatem horum feudorum foemininam negantes, litem poſſeſſoribus mouerunt, et, quod contra tertios poſſeſſores agendum ſibi eſſet, fundamentum iuris realis inter alia etiam ex gratioſis expectatiuis, ab imperatoribus FRIDERICO V. et MAXIMILIANO I. ſereniſſimae domui Saxonicae conceſſis, traxerunt. Quoniam vero vindices huius cauſae, inter quos FRANZKIVS anteſignanus fuit, praeuidebant, a poſſeſſoribus actioni motae exceptionem non competentis actionis obiectum iri, inter alia, ad declinandam hanc exceptionem, allata argumenta, etiam hoc vſi ſunt, quod ex tali gratioſa conceſſione imperatoris ipſo iure dominium horum feudorum in ſereniſſimam domum Saxonicam translatum fuerit. Haec ſi vera ſunt, facile liquet, huius doctrinae inſignem vſum eſſe in conceſſionibus *expectatiuarum*, cum ſaepe contingat, vt plures diuerſo tempore gratioſam eiusmodi ſpem circa eandem rem a principe obtinuerint, inter quos ſine dubio, hac ſtante ſententia, prior praeferendus eſt, vt nec princeps ius quaeſitum eidem adimere, nec feudum ſibi apertum fiſco ſuo vindicare, imo nec tertium de eodem inueſtire poſſit; ſed primo conceſſionario ſemper aditus pateat, agendi tum contra quemvis poſſeſſorem, tum contra ipſum principem. Et cum admodum paradoxa et a principiis iuris plane exorbitans ſententia in hac doctrina lateat, hoc modo eandem excutiendam eſſe cenſui, vt *hoc capite* communem interpretum, admodum tamen variantem opinonem referam, atque fundamenta, quibus vſi ſunt, ſimul adducam; *cap. ſeq.* vero oſtendam, ad merum figmentum, in cerebro veteranorum Iurisconſultorum natum, illam referendam, et omni iurium praeſidio deſtitutam eſſe.

§. VIII.

Digitized by Google

§. VIII. Status controuerſiae itaque huc redit, vtrum, re duobus pluribusue diuerſo tempore a principe promiſſa, et *poſteriori* tradita, nihilominus *prior* praeferendus ſit, vt actione reali contra praeſentem poſſeſſorem poſteriorem agere queat; an vero hoc caſu quoque idem obſeruandum ſit, quod ius commune in *l.* 15. *C. de R. V.* et *l.* 20. *C. de pactis* in negotiis priuatorum obſeruandum eſſe cenſuit? vel quod idem eſt: an ex nudis principum promiſſis *regulariter* et *ſemper* ipſo iure transferatur dominium? id quod plerique ex commentatoribus affirmant, atque hanc ſententiam vt prorſus ſingularem commendant, laudantque. Conſtat ex principiis iuris communis, re duobus vendita vel donata diuerſo tempore, eum ordinarie praeferri, cui priori loco tradita eſt, per *cit. l.* 15. quod per traditionem demum *dominium*, per nudam conuentionem autem tantum *obligatio* creditori acquiratur, vi cuius contra promiſſorem agere poſſit, ad rem tradendam, vel in ſubſidium ad intereſſe praeſtandum, ſi res amplius tradi nequeat. *l.* 20. *C. de pactis.* Econtrario prior, cui ſimul tradita, adeo alteri praefertur, vt, ſi diuerſo poſtea tempore huic vendita et tradita fuit, rei vindicatione compelli queat. Vnde VLPIANVS in *l.* 72. *D. de R. V.* hanc format concluſionem, quam etiam reguſtant POMPONIVS in *l.* 2. *D. de except. rei vend. et tradit.* et VLPIANVS in *l.* 4. §. 32. *de doli mali et met. except. Si a Titio fundum Sempronii*, et ſic alienum, bona fide tamen *emeris et tibi traditus ſit, ſoluto pretio: deinde Titius Sempronii heres exſtiterit, et eundem fundum poſtea alii vendiderit, et tradiderit, aequum eſt, vt tu potior ſis. Aequitatem* hoc loco opponit *ſtricto iuri*, ſecundum quod poſterior praeferendus videbatur, vtpote cui res vendita et tradita eo tempore, quo Titius dominium habuit, priori vero idem fundus traditus, cum adhuc eſſet alienus, adeo vt per hanc tantum *quaſi dominium*, per illam vero *verum* transla-

Status controuerſiae.

Iuris communis ſententia.

Digitized by Google

tranſlatum eſſe videatur. Enimuero obſeruandum eſt, eo ipſo momento, quo Titius Sempronio iure hereditario ſucceſſit, priorem traditionem adeo confirmatam fuiſſe, vt ab hoc tempore *verum dominium* acquiſiuerit, vt non amplius poſtea alii vendi et tradi potuerit. Pergit ICTVS: *Sed et ſi ipſe*, qui vendidit, *poſſideret, et tu* ab eo *peteres, adverſus exceptionem* ab eo oppoſitam, quod res aliena vendita fuerit, *dominii replicatione vtereris*, quod ſcilicet ex poſt facto traditio prior plenum effectum nacta fuerit. Idem ICTVS in *l.* 9. §. *de public. in rem act.* hanc doctrinam quoque applicat ad tranſlationem quaſi dominii, ſi forſan a non domino duobus eadem res bona fide vendita fuerit; ait enim: *Si duobus quis ſeparatim rem vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana vti poſſit, vtrum is, cui priori res tradita eſt, an is, qui tantum emit: et* IVLIANVS *lib.* 7. *digeſtorum ſcripſit, vt, ſiquidem ab eodem non domino emerint, potior ſit, cui priori res tradita eſt, quod ſi a duobus non dominis, melior cauſa ſit poſſidentis, quam petentis.* Ratio decidendi vnice inde petenda, quod priori res tradita, poſteriori autem tantum vendita citra traditionem, vt publiciana contra tertium vti non poſſit, vnde conficitur, vt diſtinctio adducta diuerſam deciſionem habere non poſſit, quia etiam poſteriori caſu poſſidens praefertur, qualis in adducto caſu duntaxat is eſt, cui ſoli tradita. Hoc etiam NERATIVS in *l.* 31. §. 2. *de act. emt. vend.* ſuffragio ſuo confirmat eo in caſu, ſi duobus a non domino ſeparatim eadem res vendita et tradita eſt; quod ſi alter ex his a domino emiſſet accedente traditione, is omni modo tuendus foret, quod verum dominium et ſic ius potius, alter vero quaſi tantum dominium, et ſic ius infirmius nactus fuiſſet.

Diuerſa Dd. ſententia de §. IX. Ab hac doctrina vero recedendum eſſe arbitrantur interpretes, ſi duobus res promiſſa a principe fuerit, quon-

quoniam priorem praeferendum eſſe cenſent. Non tamen omnes circa hoc argumentum inter ſe prorſus conſpirant, ſed quidam varie diſtinguunt; quidam vero indiſtincte hanc ſententiam approbant: quidam diſtinguunt inter donationem et contractum. Poſteriores enim diſcrimen in eo quaerunt, vtrum promiſſio principis mediante *donatione* per modum *gratiae* facta fuerit, videlicet contemplatione meritorum vel ſeruitiorum, an vero per modum *contractus?* illo caſu priorem ſimpliciter praeferendum eſſe cenſent, quod tunc dominium ſine traditione transferatur, et iſta ſit natura *collationis gratioſae.* Diuerſum conſtituunt in altero caſu, quod princeps ſecundum iuris communis diſpoſitionem contrahere voluiſſe credendus ſit, et in contractibus alias vt priuatus agat, et ſic iure communi vtatur. Hanc diſtinctionem amplectuntur BRVNNEMANN. *ad l.* 15. *C. de R. V.* ROSENTHAL *de feud. cap.* 6. *concl.* 10. *n.* 7. GAIL. 2. *obſ.* 55. *n.* 6. *et* 7. CARDINALIS DE LVCA *in tr. de Fideicommiſſis diſcurſ.* 106. *n.* 9. TREVTLERVS *Vol.* 2. *diſp.* 19. *th.* 8. *l. a. in fin.* SIXTINVS *de regalibus l.* 1. *cap.* 5. *n.* 35. HARTM. PISTOR. *l.* 2. *qu.* 29. *n.* 21. DECIVS *conſil.* 287. *n.* 7. IASON ad *l.* 15. *C. de R. V. n.* 10. PARISIVS *Vol.* 1. *Conſ.* 11. *n.* 58. aliique plures, quos plena manu coacervat ICtus Hiſpanus MELCHIOR PELAEZ AMERES *de maioratu Hiſpaniae P.* 1. *quaeſt.* 26. *n.* 10. *ſeqq.*

hoc argumento.

§. X. Rationem diuerſitatis tum in *cap.* 17. de *praebend. in 6to*, tum in diuerſis rationibus conſtituunt. In textu adducto pontifex ita diſponit: *Si tibi abſenti per tuum epiſcopum conferatur beneficium; licet per collationem huiusmodi, DONEC EAM RATAM HABVERIS, ius in ipſo beneficio, vt TVVM dici valeat, non acquiras: ipſe tamen epiſcopus vel quicunque alius de ipſo beneficio, niſi conſentire recuſes, in perſona alterius ordinare nequibit, quod ſi fecerit, eius ordinatio facta de beneficio non libero,* viri-

Fundamentum primum huius ſententiae in c. 17. de praeb. in 6.

viribus non ſubſiſtet. Sed ſi epiſcopus, notificata tibi collatione, ad conſentiendum terminum competentem aſſignet, niſi conſenſeris, poterit eo lapſo beneficium libere, cui viderit expedire, conferre. Antequam tamen ipſum contulerit tuum poteris (non obſtante quod lapſus ſit terminus) praeſtare conſenſum, et ex tunc de ipſo non poterit aliter ordinari. Agitur in hoc textu de *collatione beneficii*, quae *donatio* cenſetur, *per cap.* 4. *X. de donat.* et quia *principes* cum *epiſcopis* conferre ſolent, inde collegerunt, hoc quoque ad *donationes* et *gratioſas conceſſiones* principum extendendum eſſe, vt illa irreuocabilis non tantum fiat, ſed etiam nihil agatur, ſi deinceps alteri res eadem per gratiam conceſſa et tradita fuerit. Addit GAIL. *cit. loc.* gratiam principis cenſeri *priuilegium*, per quod ipſo iure ſine interveniente facto ſtatim dominium tranſire dicitur. DECIVS *conſ.* 698. *n.* 20.

Applicatio huius diſtinctionis ambigua ad feudorum conceſſionem.

§. XI. Quamuis vero plurimi in hac diſtinctione ſubſiſtant, in eius applicatione tamen ad feuda ceſpitant, fluctuantque. ROSENTHAL *de feud. cit. loc. n.* 6. feudum contractum eſſe aſſerit, et inde colligit, eum praeferendum eſſe, cui priori res fuerit tradita, quod, licet per gratiam conceſſio facta, nihilominus tamen in contractum tranſeat, quod adiunctam habeat promiſſionem ſeruitiorum feudalium, quam ſententiam in feudis vt communem commendat HARTM. PISTOR. *l.* 2. *qu.* 29. *n.* 24. Tandem eo dilabitur ROSENTHAL *cit. loc. in not. lit. e in fin.* vt inter nudam promiſſionem feudi ex *gratia*, et *inueſtituram abuſiuam* diſtinguat. Illa in *expectatiua gratioſa nuda* deprehenditur, cui plus roboris hoc caſu in effectu tribuunt, quam *inueſtiturae abuſiuae*, quod in hac ipſe contractus innominatus conſiſtat, illa vero ad meram gratioſam conceſſionem inclinet, adeoque ipſo iure tranſlationem dominii operetur. Parum ab hac ſententia recedit SCHRADER *de feud.*

Digitized by Google

feud. part. 5. *cap.* 2. *n.* 15. praemittitque, per *inueſtituram abuſiuam* neque dominium, neque poſſeſſionem rei in feudum conceſſae regulariter in vaſallum transferri, niſi in praeſentia rei facta fuerit vel, dominus vſumfructum ad vitam ſibi reſeruauerit vel, aliter eam nomine vaſalli poſſidere conſtituerit, aut etiam vaſallus tempore inueſtiturae eam iam tenuerit, vel denique ſi res in feudum conceſſa incorporalis fuerit. Colligit deinceps *n.* 19. ex hoc dogmate, ſi dominus feudi abuſiue inueſtiat aliquem de certo quodam feudo, et poſtea alium de eodem iſto feudo quoque inueſtiat, eiusque poſſeſſionem illi tradat, ſecundum regulariter praeferendum eſſe, etiamſi concedens legis condendae poteſtatem habeat, aut ſuperiorem non recognoſcat, vel etiam perſona eccleſiaſtica has inueſtituras fecerit, quod prima inueſtitura duntaxat *contractum* inter dominum et vaſallum contineat, quo caſu melior dicitur poſſidentis conditio. Ab hac concluſione tamen illos excipit caſus, quos antea indicaui, et quibus dominium ſtatim in vaſallum tranſit; quorſum inprimis *inueſtituram abuſiuam de regalibus* referunt, in quibus illa loco traditionis eſſe dicitur, iudice SIXTINO *de regal. l.* 1. *cap.* 3. *n.* 23. *et* 24. Adeo denique priuilegio et gratiae effectum hunc exorbitantem et plane ſingularem attribuunt, vt multum referre aſſerant, vtrum princeps *gratiae* aut *priuilegii* in conceſſionibus feudorum mentionem fecerit, nec ne? priori caſu dominium ipſo iure, non poſteriori, quo merus contractus initus, translatum aſſerit ISERNIA ad 2. *F.* 2. *n.* 3. *et* 4.

§. XII. Pauciores numero ſunt, qui, diſtinctione hac omiſſa, in genere promiſſis principum attribuunt hunc ſingularem effectum, vt etiam in *contractibus* prior praeferendus ſit, in quam ſententiam inclinare videtur BARBOSA ad *l.* 15. *C. de R. V.* Ambigue mentem ſuam aperit IASON ad *l.* 15. *C. de R. V. n.* 5. inquiens: *Lex quoties, non habet locum in*

Quidam indiſtincte hanc ſententiam tuentur, etiam in contractibus principum.

in principe vendente et donante rem duobus, cum ex ſola donatione, ſeu ex ſolo contractu principis videtur poſſe dici, quod dominium ſine traditione transferatur: addit tamen ibidem: ſe hunc paſſum pro valde dubitabili ſemper habuiſſe. Aliorum interpretum conſenſum adducit FRANZKIVS *libr.* 3. *reſol.* 1. *n.* 36. 37. COVARRVVIAS *l.* 2. *var. reſol. cap.* 19. *n.* 2. *et* 3. DECIANVS *libr.* 1. *conſ.* 2. *n.* 104. GABRIEL *libr.* 3. *de emtione vendit. concl.* 2. *n.* 39. *et* 40. quamuis ipſemet *n.* 42. in vulgata diſtinctione adducta ſubſiſtat.

Ex l. 5. C. de locat. praedior. ciuil.

§. XIII. Deciſionem huius doctrinae ſe reperiſſe credunt in *l.* 5. *C. de locat. praed. ciuil.* vbi imperatores THEODOSIVS et VALENTINIANVS de praediis domus auguſtae in aliquem iure perpetuo collatis agunt, diſponuntque, ad alium perpetuarium eadem transferenda haud eſſe. *Aperte enim*, aiunt, *definimus hoc edicto, vt a perpetuariis nunquam poſſeſſio transferatur, etiamſi alteri eum imperator vel exoratus vel ſponte donauerit, ſiue adnotatione, ſiue pragmatica:* Paulo poſt denuo ſubiungunt: *iure igitur perpetuo publici contractus firmitate perpetuarius ſecurus ſit, et intelligat, neque a ſe, neque a poſteris, vel his, ad quos ea res vel ſucceſſione vel donatione ſiue venditione vel quolibet titulo peruenerit, retrahendam.* Diuerſum in locatione ad tempus facta conſtituunt, quae obſtaculo principali largitati eſſe non debet, ſi voluerit in alterum donationem transferre, quod ex locatione ſimplici non transferatur dominium.

Variis ex rationibus.

§. XIV. Agitur in *cit. l.* ex omnium confeſſione de contractu *locationis perpetuariae* praediorum auguſtae domus, cui robur firmiſſimum attribuunt interpretes, vt poſterior donatarius prorſus excludendus ſit, imo nec audiendus, qui pretio ſoluto illum poſtmodum ſibi comparauit. Rationem huius deciſionis in eo quaerunt, quod (1) ex con-

Digitized by Google

contractu cum principe inito *ipſo iure* ius in re transeat, et cauſam habens a principe a nemine moleſtandus ſit, ſed perpetuo tutus eſſe debeat, *l.* 3. *C. de quadrienn. praeſcript.* (2) quod princeps ſummus ſit lex animata in terris, *Nou.* 105. *cap.* 2. adeoque illius promiſsio non minorem efficaciam habere debeat, quam legis vt et conſuetudinis ſtatutorumque, per quae *recta* dominium transferri tralatitium eſſe ait FRANZKIVS *l.* 3. *reſ.* 1. *n.* 38. (3) quod, vt ait BALDVS *conſ.* 327. *n.* 4. *princeps debeat habere vnum calamum, et vnam linguam, et non plures, quia ſcriptum eſt: quae proceſſerunt de labiis meis, non faciam irrita; vnde debet eſſe immobilis, ſicut lapis angularis et polus in coelo:* (4) quodſi etiam per contractum poſteriorem alii eandem rem concedat, poſterior haec conceſsio tanquam *ſubreptitia* praeſumatur, et ipſo iure nulla, priorque conceſsionarius praeferendus ſit, licet poſteriori poſſeſsio tradita fuerit, vel is illam aliunde impetrauerit, iudice FRANZKIO *cit. loc. n.* 41. (5) quod cum *l.* 15. *C. d. R. V.* in *perſonis eccleſiaſticis* locum non habeat, ex ſententia IOH. ANDREAE et INNOCENTII, etiam de *principe* idem aſſerendum ſit, qui aeque ac *eccleſia* a deceptione alienus eſſe debet, cum in principe nihil ſit fide praeclarius, vt idem *cit. loc.* rationes ſubducit. Pro illuſtrando hoc dogmate (6) varios floſculos ex locis communibus colligit GAIL. 2. *obſ.* 55. *n.* 4. veluti quod principum diſpoſitiones ab omni malitia et diminutione remotae eſſe debeant, per *Nou.* 81. *c.* 2. *in fin.* quod lex aſſerat, nihil eſſe, quod lumine clariore praefulgeat, quam recta fides in principe: *l. inter claros. C. de ſumma trinit.* quod principali autoritate nemo decipiendus, *l.* 1. *C. de his qui veniam aetat.* quod ſit fons iuſtitiae, *clem. vn. de probat.* adeoque iniuriae inde oriri non debeant, vnde iura naſcuntur. *l. meminerint. C. vnde vi.*

Quae tamen ſi verae ſunt, plus probant, quam debebant.

§. XV. Mirandum ſane eſt, GAILIVM, FRANZKIVMque, his delectatos fuiſſe rationibus, quae a nemine in dubium vocantur; aſt ſi concluſio, quae inde deriuatur, ex iis, tanquam praemiſſis, ſequitur, iuſtificari aut probari nullo modo diſtinctio adducta poteſt. Ita enim *generales* ſunt, vt plus probent, quam probare debebant, atque adeo ſi ſtringunt, non tantum ad *gratioſas promiſſiones* reſtringendae, ſed applicationem quoque ſuam in quibuscunque contractibus et negotiis habere debent. Aut enim concluſio *de translato ipſo iure dominio* ex promiſſis principum exinde fluit, aut non fluit. Priori caſu quibuscunque promiſſis pactisque communis eſſe debet, et nulla ſolida ratio afferri poteſt, quae diſcrimen adductum ſuadeat, aut euidentem diuerſitatem inducat. Poſteriori caſu tam in *contractibus*, quam *conceſſionibus gratioſis* exulare debet, de quo *cap. ſeq.* accuratius iudicium ferendum eſt. Sufficit, hic oſtendiſſe communem interpretum ſententiam male admodum cohaerere, adeoque vel ſimpliciter illam negandam, vel ſimpliciter aſſerendam eſſe. Id recte obſeruauit ANTON. FABER *in cod. l.* 3. *t.* 22. *def.* 11. quamuis caſtra eorum, qui a nobis diſſentiunt, ſequi, quam veritati locum dare maluerit. Ait enim: *Eadem re pluribus ſeparatim et conſequenter diuerſis temporibus vendita per principem indiſtincte admittimus praeferri eum, cui priori vendita eſt, non adhibita ea diſtinctione, quae in venditionibus a priuato factis adhiberi ſolent, cui prius res ſit tradita.*

Nouum argumentum ex l. 19. C. de S. S. Eccleſ. et l. 34. C. de donat.

§. XVI. Praeterea quoque nouum praeſidium interpretes quaerere ſolent in *l.* 19. *C. de S. S. Eccleſ. et l.* 34. *C. de donat.* prout oſtendit FABER *cit. loc. in notis n.* 1. Primario in adductis textibus limites poſiti ſunt donationibus tum *in genere*, tum *ſpeciatim* in pias cauſas, vt tantum ad certam quantitatem citra inſinuationem valeant, vltra illam vero factae non aliter robur accipiant, niſi actis inſinuatae fue-

Digitized by Google

fuerint. Ab hac diſpoſitione tamen ſpeciatim *donationes imperiales* excipiuntur, certiſſimo, vt aiunt, indicio, promiſſa principum vel ad minimum gratioſas conceſſiones regulis iuris communis non eſſe ſubiectas, *ſed firmam habere propriam maieſtatem*, vt dicitur in *cit. l.* 34. Si quid vero robur huic argumento ineſt, tantum euincit, donationum principalium propria eſſe iura, nullo modo vero eadem omnibus negotiis et contractibus applicari poſſe, quod contra ANT. FABRVM monendum eſſe cenſui, qui, omiſſa diſtinctione adducta, generaliter hanc doctrinam recepit, et tamen eandem ex adductis legibus defendere voluit. Aut ergo tantum ius ſingulare in *donationibus* principalibus ſtatuendum, quo caſu erronea eſt doctrina FABRI, ad venditiones principum idem ius applicantis; aut generaliter ſententia communis accipienda, omni neglecta diſtinctione, prout FABER cenſuit, quo caſu male probatur ex adductis legibus.

Vltimum argumentum ex iure naturae petitum, quod traditio ad transferendum dominium non requiratur.

§. XVII. Inſigne huic ſententiae robur accedere videtur ex ipſius *iuris naturae* ſcitis, ex quibus tantum principes in negotiis ſuis diiudicandi videntur. Hoc iure vero ſola voluntas ad transferendum dominium ſufficere, nec praeterea deſiderari videtur, vt *traditio* accedat. Id indigitat GROTIVS *l.* 2. *de I. B. et P. cap.* 6. §. 1. *n.* 2. his verbis: *Vt vero traditio etiam requiratur, ex lege eſt ciuili, quae quia a multis gentibus recepta eſt, ius gentium improprie dicitur. Sic alicubi vſurpatum videmus, vt profeſſio apud populum, aut magiſtratum, et relatio in acta requiratur: quae omnia ex iure eſſe ciuili certiſſimum eſt.* Idem repetit *cit. loc. cap.* 8. §. 25. et *cap.* 12. §. 15. vbi ita: *de venditione et emtione notandum, etiam ſine traditione ipſius contractus momento transferri dominium poſſe, atque id eſſe ſimpliciſſimum.* Idem quoque PVFENDORFFIVS *l.* 4. *cap.* 9. §. 7. adſtruit, cenſetque, *omnino per ſola pacta tranſire poſſe dominium*,

Ex ſententia Grotii,

Pufendorffii,

Digitized by Google

minium, prout id conſideratur rude tanquam qualitas moralis, et prout abſtrahit a poſſeſſione. Inde concludit, *traditionem* tantum ad poſſeſſionem, ſeu vt actu dominium exerceri queat, deſiderari, atque id demum non ex iure poſitiuo, ſed ex ipſa naturali ratione fluere. *Nam poſt pactum completum*, addit, *ſeu poſt ius pacto in alterum translatum, res ſtatim ad alterum pertinere, et alterius gratia eſſe incipit, et alienans nullum circa eandem actum legitime poteſt exercere, niſi qui faciat ad poſſeſſionem alteri tradendam. Si quid praeterea circa eam rem ante traditionem diſpoſuerit, id de facto et non velut ex iure dominii agit. Et ipſa traditio proprie non eſt vltimus actus dominii, ſed corporalis detentionis abdicatio.* Pariter HVBERVS *libr. 4. digreſſ. cap. 8. §. 2.* eandem tuetur ſententiam, eamque ex ipſa ratione naturali a IVSTINIANO *in §. 4. l. de acquir. rer. dom.* laudatam deducit, *quod nihil tam conueniens ſit naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi.* Videlicet agitur hic de translatione iuris, quod cum incorporale ſit, nihil ad perfectionem ſui corporale deſiderare videtur, ſed ſola voluntas idem praeſtare poteſt; *ſufficit enim ſola abdicatio ore vel litteris facta, vt ius ab vno in alterum transfeat*, vt rationes ſubducit CLARISS. OTTO *in notis ad* PVFENDORFFIVM *de off. hom. et ciu. l. 1. cap. 12. §. 14.* Addit: *facta promiſſione et renunciatione libertatis res non amplius eſt propter promittentem, cuius omnes actus ſunt illiciti; promiſſarius autem ſicut fert periculum, ita omne emolumentum ex re capit, eamque vendere, locare et permutare poteſt.* Haec ſi vera ſunt, vti omnino dicendum videtur, nullo negotio inde confici et concludi poteſt, ex quibuscunque principum promiſſis, ad transferendum dominium habilibus, *ipſo iure* dominium transferri in promiſſarium, adeoque huic contra quemcunque poſſeſſorem ius

Huberi. Ottonis.

Digitized by Google

ius agendi competere. Quamuis enim communiter aſſerere ſoleant, principes inter ſe vti *iure priuatorum;* id tamen (1) ad *imperialia negotia* applicari non poteſt, ſolo iure naturae et publico regenda: (2) ne quidem inter ipſos principes imperii indiſtincte illud de *iure Romano* accipiendum eſt, maxime in illis cauſis, quae magis *iuris gentium* et *naturae* cenſentur, nec iuri Romano propriae ſunt, vt oſtendit GRIEBNER diſſ. *de praeiudicio ſtatuum imperii ex vſu iuris Romani.*

Inde noua aliorum ſententia, ad voluntatem principis recurrentium,

§. XVIII. Huius forſan memores fuerunt doctrinae, qui tum a diſtinctione antea adducta, tum ab eorum doctrina, qui translationem dominii ex omni promiſſo principum *indiſtincte* et ſimul *ipſo iure* traxerunt, receſſerunt, conſtituentes, *voluntatis* potius quaeſtionem eſſe, quid princeps intenderit, et vtrum voluerit dominium ipſo iure in promiſſarium transferre, nec ne? In hanc ſententiam iuit COVARRVVIAS *lib.* 2. *var. reſol. cap.* 19. *n.* 3. hoc modo rationes ſubducens: *exiſtimo, difficilem hanc quaeſtionem ita definiendam fore; vt, ſi conſtet, principem voluiſſe rei dominium transferre, ſtatim citra aliquam traditionem, vel corporalem apprehenſionem, id translatum eſſe dicimus, ſiue tractemus de contractu, ſiue de feudo, ſiue de priuilegio: poteſt enim princeps hoc facere, quemadmodum et ipſa lex poſſet; quod ſi dubia ſit hac in re voluntas principis, tunc ſane in priuilegiis, aut vbi iure priuilegii is vtitur in alicuius rei donatione, praeſumendum eſt, dominium ex voluntate tacita principis translatum ſtatim fuiſſe, absque traditione: eadem voluntas conſtare poterit ex verbis a principe donationi aut contractui adſcriptis. Si vero de ſimplici contractu tractemus, dicendum eſt, non eſſe translatum dominium absque traditione vel apprehenſione poſſeſſionis, cum in contractibus praeſumendum ſit, principem iuxta iuris communis regulas et deciſiones contraxiſſe.* Ab hac

vt putat Couarruuias,

Digitized by Google

Hartmannus Piſtoris, hac doctrina non adeo alienus eſſe videtur HARTM. PISTOR. *l.* 2. *qu.* 29. *n.* 22. *ſeq.* atque, praemiſſis interpretum admodum variantium opinionibus, exiſtimat, ſemper magis vero ſimile videri, quod princeps iuris communis regulas ſequi, quam iisdem derogare et *abſoluta poteſtate* vti voluerit; adeoque *plenitudini poteſtatis* effectum hunc ſingularem attribuit, ſoli imperanti tribuendae. Ait: *ſecundum hanc itaque praeſumtionem in dubio exiſtimandum potius erit, principem ſola conceſſione poſſeſſionem ſine traditione minime transferre voluiſſe, et quod conſequens eſt, fruſtra hic de potentia principis laboramus, cum ad quemuis actum expediendum non ſolum potentia, ſed vel maxime voluntas requiratur.* His verbis voluntatem a *potentia principis abſoluta* ſeparat, cenſetque, poſſe quidem principem *ex plenitudine poteſtatis* efficere, vt ex ſolo promiſſo ipſo iure transferatur dominium, non tamen principem praeſumi hoc ipſum *voluiſſe*. Quodſi ergo, hac hypotheſi ſtante, dominium ipſo iure tranſit, id credendum eſt fieri prorſus *extra ordinem*, et ex tali principio, quod priuatorum negotiis applicari nequit, ſed ſolis principibus proprium eſt, atque ita adhuc ſubſiſtendum in communi doctrina, quod promiſſa principum quoad hunc effectum admodum recedant a promiſſis priuatorum, ſi non *regulariter* et *iure ordinario*, vt alii voluerunt, ad minimum tamen *extra ordinem*, ſi princeps *plenitudinem poteſtatis* ſequi velit. Denique huic ſententiae etiam accedit ANDR. FACHINEVS *l.* 7. *contr. iur. cap.* 33. vbi itidem ſententiam communem interpretum ad eum reſtringit caſum, ſi de voluntate expreſſa principis conſtat. Ait enim: *tertius articulus eſt de principe feudum concedente vel ex contractu vel ex gratia, et ita diſponente, vt dominium etiam abſque traditione acquiratur ei, cui illud concedit. Hoc in caſu ſi princeps ſupremus ſit, qui legibus derogare valeat, quibus ita conſtitutum eſt, vt dominium abs-*

Fachineus.

que

Digitized by Google

que traditione non transferatur; tunc puto eum, cui priori ita feudum eſt conceſſum, praeferendum eſſe poſteriori, licet poſteriori tradita ſit corporalis rei poſſeſſio: ratio eſt, quia prior dominium iam conſecutus eſt, et eſt perinde, ac ſi ei prius tradita eſſet poſſeſſio, quo caſu alteri abſque dubio praeferendus eſſet. Addit: *porro principem efficere poſſe, vt dominium abſque traditione transferatur, perſpicuum eſt ex l. vlt. C. de S. S. Eccleſ. Poſſe autem legibus derogare ciuilibus, non eſt dubium.* Quo circa non aliter, hac poſita ſententia, dominium ex ſolo promiſſo principis transferri credendum eſt, quam ſi deroget legibus ciuilibus, quibus in dubio ſe praeſumitur conformaſſe iuxta autoris laudati opinionem. Qua de cauſa in *quarto articulo* eorum doctrinam relinquendam eſſe cenſet, qui ex *gratioſa conceſſione* vel *priuilegio* ipſo iure dominium in promiſſarium transferri conſtituunt, quod principis voluntas in dubio praeſumatur regulis iuris conſentanea. *Ergo, ait, non praeſumitur, velle transferre dominium abſque traditione, quia id iuris regulis repugnat.*

CAP. II.

DE

VERIORE SENTENTIA CIRCA HOC ARGVMENTVM.

ARGVMENTVM.

I. Breuis recenſus opinionum Doctorum in hoc argumento. II. Diſcrimen inter promiſſionem et inter declarationem voluntatis de iure in re actu transferendo. Haec I. N. ſufficit. III. Idem iuri Rom. in nonnullis caſibus probatur. IV. Interpretum iuris Nat. ſententia expenditur. V. Sola expectatiua dominium vtile euentuale non transfertur, VI. niſi aliud ſit conven-

ventum. Explicantur variae formulae. VII. Examen ſententiae Fachinei. VIII. Translatio dominii in promiſſis principum ex plenitudine poteſtatis non pendet. IX. Nec attendendum diſcrimen inter contractus principum et conceſſiones gratioſas. X. Argumentum ex C. 17. de praeb. in 6. expenditur. XI. De promiſſis epiſcoporum. XII. Aſſenſus interpretum. XIII. Argumentum ex L. 19. C. de douat. XIV. et ex L. 5. C. de locat. praed. exploſum, XV. nec non argumentum a communi opinione. XVI. An expectatiuae conceſſio renouari poſſit?

§. I.

Recapitulatio eorum, quae capite praeced. dicta ſunt.

Recenſui *cap. praeced.* incertos interpretum fluctus, quibus vel ideo volutantur, quod nihil niſi ſingularia, exorbitantia, et paradoxa in promiſſis principum quibuscunque latitare exiſtimauerint. In hoc enim omnes conſpirant, quamuis non vno eodem que modo ſingularem hanc qualitatem exponant, tradantque. Quidam enim (I) in genere quibuscunque promiſſis principum hunc ſingularem tribuunt effectum, quod *ipſo iure* ex iis dominium transferatur ſecundum *iuris naturae* diſpoſitionem, quae vnice in principum ſupremorum negotiis attendenda. Alii (II) FACHINEI exemplo, diſcrimen conſtituere maluerunt inter principem *ſupremum* ſeu *imperatorem*, *ſtatusque imperii;* quod ille quidem derogare poſſit in ſuis negotiis legibus ciuilibus, non aeque hi, quin potius iuri priuato ſubiecti, adeoque conceſſiones eorum ſecundum ius commune aeſtimandae ſint. Rurſus nonnulli (III) inter ſupremi principis *voluntatem* et *poteſtatem extraordinariam* diſcrimen induxerunt, atque inde collegerunt, non *regulariter*, ſed per modum *exceptionis* ſeu *extra ordinem* dominium trans-

Digitized by Google

transferri, ſi princeps ſupremus declaret, ex *plenitudine poteſtatis* ſemet diſpoſuiſſe. Porro (IV) quidam differentiam inter *contractus principum* et *gratioſas conceſſiones* praeferendam eſſe voluerunt, atque ſingularem effectum tantum promiſſis principum gratioſis adhaerere arbitrati ſunt. Denique (V) quidam etiam ad *contractus* hunc effectum ſingularem traxerunt ex quibusdam conſarcinatis iuris Romani textibus, quibus etiam negotia principum quorumuis regi inepte arbitrati ſunt. Quamuis vero haec minime inter ſe conueniant, ſed admodum turbida incertaque ſint; nihilominus tamen (VI) paſſim ad *communem ſententiam* doctorum prouocant, eiusque receptionem laudant exemplo GAILII et FRANZKII *cit. loc.* adeo VT IASON ad *l.* 15. *C. de R. V. n.* 5. ſubiunxerit, doctrinam vltimo loco adductam praeualere, et durum eſſe ab ea recedere, praeſertim cum non inuenerit contradicentem; quod tamen admodum temerarium eſt, cum tempore eius diſſentientes non defuerint.

§. II. Vt ergo legitime conſtet, quid veritatis, ſecundum tramitem iuris, hiſce turbidis et inter ſe non conſpirantibus doctrinis inſit, et quaenam alteri praeferri debeat, ad ductum §. *praecedentis* ſententias interpretum ſub examen reuocare liceat, quibus diſcuſſis, apparebit, nullum *ius ſingulare* aut *exorbitans* ex promiſſis principum trahendum, ſed in his idem obſeruandum, quod recta ratio in quibuscunque promiſſis obſeruandum eſſe iubet, quam iuris communis diſpoſitio fere vnice recepit. Quod ergo (I) ad eorum attinet doctrinam, qui promiſſa principum vnice ex *iuris naturae* principiis aeſtimanda cenſent, iuxta haec vero *traditionem* ad effectum transferendi dominii haud neceſſariam ducunt, facile concedi poteſt, in hoc argumento primo loco *iuris naturalis ſcita* fundamenti loco ponenda eſſe, quamuis pauciſſimi in his ſubſtiterint, et theſin ſuam

Examen harum ſententiarum,

I) ex iure naturae,

Digitized by Google

tum ex *iure canonico*, tum *ciuili*, vnice probare voluerint. Caeterum ius Romanum hic aberraſſe a iuris naturae placitis, et plus, quam recta ratio poſtulat, ad effectum transferendi dominii deſideraſſe, nec probari poteſt, nec cum intentione iuris Romani quadrat. Poſterius perſpicue tradit CAIVS *in l.* 9. §. 3. *de acquir. rer. domin. haec quoque res, quae traditione noſtrae fiunt, IVRE GENTIVM nobis acquiruntur; nihil enim tam conueniens eſt NATVRALI AEQVITATI, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi.* Vtrum autem haec intentio iuris Romani veritati conſentanea ſit, alia quidem quaeſtio eſt, cum non ſtatim, quod ius Romanum naturali iuri adſcribit, ei proprium ſit; interim tamen euidenter huc vsque demonſtratum non eſt, a iure naturae, in ſolo promiſſo ſubſiſtendum eſſe, praecipi aut tradi, prout quidam iuris naturalis conſulti, in §. XVII. *cap. praeced.* adducti, cenſuerunt. Ipſe Clariſſ. OTTO *ad* PVFENDORFIVM *libr.* 1. *de off. hom. et ciu. cap.* 12. §. 14. non diffitetur, HOTTOMANNVM, HERTIVM et COCCEIVM in diverſa omnia iuiſſe, et calculo ſuo CAII doctrinam approbaſſe. Haec quoque eo verior et limpidior eſt, quo euidentius ratio adducta omnium ſeſe inſinuat menti, oſtenditque, ad *voluntatem* promittentis, eiusque *intentionem* vnice reſpiciendum, et inde aeſtimandum eſſe, quale ius ex ſuo promiſſo in eum transferre voluerit? vtrum ſe tantum *obligare* et effectum dominii poſt traditionem ſuſpendere; an vero ſtatim ipſo promiſſi momento, proprietatem et *ius dominii* in rem promiſſam transferre in animo habuerit? prior quidem effectus ex natura ipſius negotii per ſe fluit, cum quilibet promiſſor ex promiſſo ſuo ſe *obliget* ad dandum vel faciendum, quo acceptato, ius irreuocabile promiſſario acquiritur, vt ad *executionem obligationis* promiſſorem compellere poſſit. Vtrum autem plus iuris in promiſſarium

quod cum iure Romano conſpirat.

Digitized by Google

miſſarium transferre, et *omne ius dominii*, quod in re promiſſa habuit, a ſe ſtatim ſimul abdicare voluerit, ex eo, quod actum eſt, aeſtimari debet, et cum hoc *facti* ſit, nec neceſſario ex natura promiſſi fluat, legitime docendum.

Ex iure Romano declaratur, ſola voluntate poſſe transferri dominium.

§. III. In hoc etiam doctrina iuris Romani cum recta ratione prorſus conſpirat, licet ICti in caſibus, vbi de *voluntate* promittentis *euidenter* conſtat, ad *fictam* quandam *traditionem breui* vel *longa manu* factam prouocauerint, nimis ſuperſtitioſe *traditioni* inhaerentes. In effectu enim, qui *traditionem fictam* allegant, eam prorſus negant, et in *voluntate promittentis clara* et *euidente* acquieſcunt, vt ſimplicius forſan ſine eiusmodi inuolucro dici potuiſſet, praeter promiſſionem ad effectum dominii transferendi traditionem deſiderari, niſi euidens et conclamatum fuerit, ex ſolo promiſſo *dominium* in alterum transferre promiſſorem, a ſe vero omne ius in re promiſſa abdicare voluiſſe. Eiusmodi *euidentiſſima voluntas* in ſocietate omnium bonorum occurrit, qua ſolo conſenſu inita, omnes res, quae coeuntium ſunt, continuo communicantur. *l.* 1. §. 1. *D. pro ſocio.* Addit CAIVS in *l.* 2. *eod. quia, licet ſpecialiter traditio non interueniat, tacita tamen creditur interuenire.* Videlicet dum conſentiunt in ſocietatem omnium bonorum vniuerſalem, id ſimul agunt, vt ſinguli *communi nomine* ab eo momento bona ſua poſſideant, et ſic manifeſtiſſimum eſt, alterum alteri ipſo momento ius dominii communicaſſe, citra vllam traditionem, quae ſuperuacua eſt, vbi *voluntas* nullum dubium habet. Quamuis enim CAIVS more antiquo hic *traditionem* fingat, re vera tamen in *ſola voluntate* ſubſiſtit, et vnice ei hunc effectum tribuit. Pariter *qui donat*, retento ſibi *vſufructu*, non poteſt non ipſo promiſſionis momento omne dominium a ſe abdicare, et illud in donatarium transferre, quod ab eo momento rem antea ſuam *iure vſusfructus* poſſidere voluerit, qua de cauſa CAIVS

Qq 2 in

Digitized by Google

in *l.* 9. §. 5. *de acquir. rer. domin.* apertius et abſtrahendo ab omni figmento ediſſerit, aiens: *interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit, ad rem transferendam:* quod aliis quoque exemplis declarat, ſimul tamen indicat, id praeter regulam fieri, nec promiſſorem regulariter intendere.

Secundum haec examinatur ſententia Grotii,

§. IV. Neque vero haec impugnare videntur, qui in contrarias iuerunt partes. Etenim GROTIVS id vnice agit, vt oſtendat, iure naturae ex ſolo promiſſo dominium transferri *poſſe*, vt verba, *cap. praeced.* §. *XVII.* adducta, docent. Idem quoque et ego largior, et ius Romanum probat, quod tamen merito *euidentem voluntatis declarationem* deſiderat, cum quod fieri *poſſit*, non ſtatim velle credatur promiſſor. Idem quoque euincit doctrina PVFENDORFFII, quamuis ratio ab eo adducta vlterius vergat, exiſtimando, promittentem alteri rem ſuam nullum circa eandem actum *legitime* exercere poſſe, ſed rem ſtatim ad alterum pertinere. Sed hoc ad *voluntatis quaeſtionem* pertinet, vtrum in praeſenti ſe tantum obligare, an ſimul dominium transferre voluerit; quamuis enim admitti poſſit, nullum actum *legitime* circa rem promiſſam ſuſcipere poſſe promiſſorem, adeo vt, ſi contra fidem promiſſi agat, contra ius, et *illegitime* procedat; inde tamen non ſequitur, vt etiam *inualide* agat intuitu eius, in quem rem poſtea tranſtulit, ſed tantum promiſſori obligationem imponit, ad indemnitatem promiſſario praeſtandam. Pariter HVBERVS tantum *poſſibilitatem*, non *iuris abſoluti neceſſitatem* demonſtrat. Denique, quae CLARISS. OTTO in contrarium adduxit, nobis non adeo contrariari videntur, ſi *voluntatis* adeſt *certitudo.* Aſſerit: *dominium eſſe rem incorporalem, et ius mente comprehenſum, quod abſque actu phyſico transferri poſſit; ſufficere ſolam abdicationem ore vel litteris factam, vt ab vno ius in alterum tranſeat.* Idem et

Pufendorffii,

Huberi,

Ottonis.

ego

Digitized by Google

ego aſſero, ſi voluntas promittentis talem abdicationem praeſentem intendit, quam tamen non ſemper, nec neceſſario intendit. Pergit: *traditionem tantum eſſe abdicationem detentionis naturalis, titulum vero vel cauſam, propter quam res transfertur, dominium efficere.* Admitto itidem vtrumque, ſi id inter contrahentes euidenter actum fuerit; alioquin qui ſe tantum *obligare*, non ſtatim dominium transferre voluit, vtrumque, et *dominii* et *poſſeſſionis* translationem, traditioni futurae reſeruauit. Hoc ipſum PAVLVS, in *l.* 31. *D. de acquir. rer. dom.* ad quem *vir doctiſſ.* prouocat, his verbis declarat: *nunquam nuda traditio transfert dominium* (voluntate ſcilicet deficiente) *ſed ita, ſi venditio aut aliqua iuſta cauſa praeceſſerit, propter quam traditio ſequetur,* quod per hanc demum translatio dominii vel ſtatim vel ex poſt facto intendatur.

§. V. Euidentia huius argumenti magis corroborabitur, ſi exemplo expectatiuarum, quae nil niſi *promiſſa principum* aliorumque dominorum feudi ſunt, dicta illuſtrem, et ita a theſi ad hypotheſin procedam. Ipſe FRANZKIVS *l.* 3. *reſol.* 1. *n.* 37. *ſeqq.* doctrinam a ſententia, quam propugno, recedentem ad illuſtrem controuerſiam de expectatiua Sereniſſ. Domui Saxonicae tum a FRIDERICO V. anno 1483. conceſſa, tum a MAXIMILIANO I. an. 1495. confirmata in ducatum Iuliacenſem et Montanum applicat, quam litem tamen hic non facio meam, ſed tantum *in theſi*, et abſtrahendo ab hac illuſtri controuerſia, duntaxat aſſero, in *imperialibus expectatiuis* huius doctrinae a me defenſae vſum eſſe inſignem. Obſeruatum eſt, in promiſſis ſummorum principum videndum eſſe, quale ius transferre voluerint, et ſic pari ratione hic quoque primo eo attendendum, quid imperator vel princeps *conceſſa expectatiua* agere, et quale ius in expectiuarium transferre voluerit? Qui *expectatiuam* concedit in feudum vacaturum, id agere ex *natura* feu-

Ad expectatiuas feudales hoc applicatur,

ab imperatore vel principibus conceſſas.

feudorum credendus eſt, vt ſe obliget ad inueſtituram in caſu feudi aperti faciendum, et quia ex *praxi imperii et iuris feudalis* haec ad transferendam dominium vtile requiritur, palam eſt, eum, qui *futuram inueſtituram* promittit, non eſſe eius voluntatis, vt ſub conditione et euentualiter *dominium vtile* ſtatim transferat, ſed vt fidem ſuam tantum adſtringat, ad inueſtituram de principatu vacante faciendam. Et quia haec ex moribus feudorum aperto feudo regulariter neceſſaria, atque inter principes quoque vſitata et recepta eſt, dici nequit, ſola promiſſione id effectum iam eſſe ſub conditione, quod a futuro facto ſuſpenſum, niſi rurſus aliud expreſſe et euidenter a domino feudi factum fuerit, prout *cap. praeced.* ex ſententia SCHRADERI illuſtratum eſt. Qua de cauſa *in dubio* dicendum, regulariter per ſolam expectatiuam, etiam ab imperatore conceſſam, non transferri dominium vtile, ſed, iuxta mores feudorum, inveſtituram ſeu traditionem ad minimum ſymbolicam aperto feudo accedere debere, qua demum dominii vtilis translatio regulariter fieri ſolet.

Sententia iuris canonici, §. VI. Confirmat ea, quae dicta ſunt, variis in locis ius canonicum, vnde potiſſimum vſus expectantiarum deriuandus eſt, adeoque in conceſſione earum id tantum actum cenſetur, quod communiter per illas intenditur. Iam vero Pontifex *in c. 8. de conceſſ. praeb. et eccleſ. non vacant. in 6to* ſub conceſſa expectatione dignitatum vel aliorum quorumcunque beneficiorum, promiſſario *non ius in re, ſed ad rem quaeſitum eſſe* dicit, aperto indicio, tali promiſſione gratioſa id non agi, vt *ius in re* transferatur. Qua de cauſa etiam morte concedentis exſpirat, nec ſucceſſor ex titulo ſingulari, eueniente caſu, ad eius implementum tenetur. *c. 9. de off. et pot. iud. deleg. in 6to.*

cum applicatione Quando ergo imperator concedit ſimpliciter *den Anfall gewiſſer Länder*, palam eſt, hac appellatione non dominium

nium euentualiter expectiuario aſſignari, ſed tantum ei concedi facultatem exiſtente caſu inueſtituram de feudo petendi, quia denominatio *des Anfalls*, *Anwartſchaft*, *nudam expectatiuam* deſignat. BORN *de expectatiuis cap.* 1. §. 3. BESOLDVS *in theſaur. pract. v. Geding.* Parum vero refert, quibus verbis conceſſio expreſſa fuerit, ſiue *dandi*, ſiue *concedendi*, ſiue *aſſignandi*: *Wir geben*, *verleyhen den Anfall*; cum talia ſint praedicata, qualia a ſuis ſubiectis permittuntur, quamuis alias verbum *dare*, pro ſubſtrata materia, dominii translationem deſignare queat, quod vrget FRANZKIVS *cit. loc. n.* 39. Econtrario ſi ſummus princeps hac formula vſus fuiſſet: *Wir verleyhen ihm den Anfall des Fürſtenthums N. dergeſtalt und alſo, daß, wenn ſolches Vns und dem Heiligen Reiche, durch Abgang des N. N. ledig werden ſollte*, *er* ipſo facto *das Eigenthum ſo fort daran haben, ſolches einnehmen, nutzen, und alles Lehnrecht von Zeit der* apertur *genieſſen ſolle*; eius voluntas *euidentiſſime* declarata eſt, quod non tantum, citra vſitatam inueſtituram, dominium feudale ipſo iure transferre, ſed etiam ſimul expectiuario facultatem *poſſeſſionem* apprehendendi tribuere velit, cum nihil impediat, quo minus etiam euentualiter dominium transferri queat. Ita plus conceſſum eſt, quam quod alias ratio *expectatiuae* aſſignare ſolet, cum conclamatum ſit, expectiuarium propria autoritate vacans feudum apprehendere non poſſe. SCHILTER *de ſimult. inueſt. princip. imper. cap.* 1. §. 5. HORN in *iurispr. feud. cap.* 12. §. 13. Huc etiam FRANZKIVS *cit. loc.* hanc clauſulam refert: *daß ſolches Fürſtenthum zur Stunde und ohne Mittel an N. N. kommen und gefallen, und er ſolches einzunehmen Macht haben ſolle.* Enimuero hoc quidem certum eſt, his verbis expectiuario attributam eſſe facultatem, vt *protinus* et *ſine accedente facto domini* poſſeſſionem vacuam, quod alias non licet, apprehendere queat, *ad varias formulas.*

prout

prout declarat MERCKELBACH apud KLOCKIVM *tom.* I. *conſ.* 7. *n.* 387. non vero inde colligi poteſt, ipſo iure dominium *ante apprehenſam poſſeſſionem* in expectiuarium translatum eſſe; quae duo tamen magnopere differunt. Dominium enim ipſo iure transferri poteſt, citra omne factum, ſi concedens id voluit; poſſeſſio vero *factum tradentis* et *apprehendentis* hoc caſu deſiderat, nec citra illud concipi poteſt, adeoque ſi hoc tantum expectiuario indultum, ſi ei conceſſum, *das Lehn ſo fort und ohne Mittel einzunehmen, und von dem Lehnherrn inne zu haben, zu beſitzen, und zu gebrauchen*, neceſſario *apprehenſio poſſeſſionis*, et *feudi vacantis occupatio* praecedere debet, vt effectus, *das Lehn inne zu haben, zu nutzen, und zu gebrauchen*, ſequi poſſit. Vbi factum *apprehenſionis* deficit; vbi facultas data in effectum deduci non poteſt: etiam effectus ei aſſignatus locum habere nequit, quippe quem ex *praecedente apprehenſione poſſeſſionis* concedens deduxit, nec ſine ea concedere voluit. Aliud forſan dicendum, ſi concedens his vſus fuiſſet verbis: *Wir bewilligen und geben zu, daß ſo fort, und ohne Mittel, das Eigenthum des gedachten feudi auf N. fallen, und er zu deſſen Behuf ſolches auch ſo fort einzunehmen Macht haben ſolle*, quia his verbis id actum eſſe cenſetur, vt ſtatim *dominium* in expectiuarium transferatur, ex euidenter declarata voluntate, et ſimul quoque *facultas apprehendendi* poſſeſſionem aſſignetur. Caeterum ſi verba ſunt *aequiuoca, dubia*, et *generalia*, non facta mentione translati ipſo iure dominii, veluti: *daß das Lehngut zur Stunde und ohne Mittel auf ihn kommen und fallen, und er ſolches einzunehmen befugt ſeyn ſolle;* ſubſiſtendum in regula, et ex natura negotii ſeu *expectatiuae* id conceſſum intelligi debet, quod in tali conceſſione agi ſolet; hoc eſt, vt exiſtente *aperturae caſu* poſſeſſionem vacuam citra vllius impedimentum apprehendere poſſit.

Digitized by Google

poſſit. Clauſulae enim eiusmodi acceſſoriae non mutant naturam negotii, cum, quae appoſitae cenſentur ad eius confirmationem, ſecundum *naturam principalis* diſpoſitionis intelligi debeant, obſeruante MANTICA *de tacit.* et *ambig. conuent. lib.* 2. *tit.* 9. *n.* 4. *Imo generale eſt*, ait CAROLVS A MEAN *in iur. ciuil. Leodienſ. obſeru.* 305. §. 3. *vt executiuae clauſulae, id eſt, quae in vltima contractus parte circa ipſius executionem apponuntur, nihil vnquam addant diſpoſitiuis, ſed potius ex natura principalis contractus interpretationem capiant.* conf. GRATIANVS *diſcept. forenſ. cap.* 557. *n.* 52. HARPRECHT *vol. nou. conſ.* 50. *n.* 86. Idem quoque indigitat CRAVETTA *conſ.* 425. *n.* 80. ſatisque notanter docet, tales conceſſiones tantum *iuſtificationem poſſeſſionis apprehenſae* inuoluere, quo effectu alias expectatiua deſtituta fuit.

§. VII. Pergo ad *ſecundam*, FACHINEI ſcilicet *ſententiam*, diſtinguentis inter *ſupremum imperatorem et ſtatus imperii.* Illi enim tantum ius asſignat, vt posſit ſuis promisſis effectum tranſlati ipſo iure dominii asſignare. Similem effectum denegat promisſis *ſtatuum imperii*, quod *ille* quidem posſit iuri communi derogare, non aeque hi. In hoc vero grauisſime fallit, et fallitur. Etenim (1) per *ius commune* ſine dubio intelligit *ius Romanum*, cui aeque *princeps imperii* poteſt derogare, ac quidem imperator cum imperio, quod euidenter euicit B. THOMASIVS *in diſſ. de poteſtate legislatoria ſtatuum imperii contra ius commune.* (2) In tali diſpoſitione, qua princeps *euidenter* declarat, ſe protinus ipſo iure dominium transferre, non derogatur iuri communi, cui etiam talis diſpoſitio conueniens eſt, adeo vt *ſingulare ius* ſub tali promisſione non adeo latitet, prout ſupra §. *II.* iam oſtenſum. In eo autem merito aſſenſum meretur FACHINEVS, quod non aliter ex ſolo promiſſo principis dominium transferatur, quam ſi hoc ipſum *euiden-* II) *Fachinei ſententia.*

denter declaratum fuerit, adeo vt, ſi duobus feudum in caſum aperturae promiſſum, ſimpliciter eum praeferendum eſſe cenſeat, qui mediante traditione illud poſſidet, et de eo inueſtitus eſt.

III) Sententia eorum, qui plenitudini poteſtatis hunc effectum tribuunt.

§. VIII. Fere cum hac ſententia conſpirat doctrina eorum, quae in §. 1. *h. cap. loc. tertio* adducta eſt. Diſtinguunt enim quidam, quorum numero accenſendus HARTM. PISTORIS, inter *voluntatem principis* et *plenitudinem poteſtatis*, ſeu poteſtatem prorſus extraordinariam, ita vt tunc demum hic effectus ſingularis promiſſis principum adhaereat, ſi declarat, ſe ex *plenitudine poteſtatis* ita diſpoſuiſſe, vt abſque traditione dominium ipſo iure in promiſſarium transeat, quia, quando ſecundum *plenitudinem poteſtatis* agit, poſthabito et neglecto omni iure agere dicitur. vid. *c.* 4. *X. de conceſſ. praeb. et eccleſ. non vacant.* Qua de cauſa ab antiquo vſitatum fuit, reſcriptis principum et pontificum inſerere, ſe de *plenitudine poteſtatis* ita diſpoſuiſſe; *ſic enim*, ait IOHANN. WOLFFGANG TEXTOR *diſſ. de plenitudine poteſtatis* §. 39. *quando princeps ſtatuit aliquid, de plenitudine poteſtatis praeter legem, non dubium eſt, quin tunc id ipſum valeat ex vi plenitudinis poteſtatis, veluti ſi dignitatem confert alicui vel inueſtituram feudi; nam tunc ex ſubiecta clauſula de plenitudine poteſtatis valet, quod agitur, nec contra talem actum opponi quid poteſt, quod gratiam vel conceſſionem tollat, vel nullam reddat.* Pari ratione tunc demum diſpoſitioni principis, qua cautum, vt *ipſo iure* dominium ex promiſſo transeat, hunc effectum tribuunt, ſi adiecit, ſe *de plenitudine poteſtatis* hoc velle. Ego vero parum vel nihil huic diſtinctoni tribuo, perſuaſiſſimum habens, omnia, quae imperans virtute *ſupremi imperii* agit, ad eius *ordinariam poteſtatem* pertinere, nec extra eam diuerſam aut *extraordinariam poteſtatem* reperiri, adeoque, quae operationes ſingulares clauſulae *de plenitudi-*

Digitized by Google

tudine poteſtatis vulgo aſſignantur, ita comparatas eſſe, vt in genere ex *ſupremo imperio* fluant; caeterum ſi inde non fluunt, ſi limites ſupremi imperii princeps transgreditur, ſine dubio *inique* agit, nec factum tale *illicitum* titulo *plenitudinis poteſtatis* iuſtificari poteſt. Quicquid vero huius rei ſit, obſeruatum iam eſt §. *praeced.* principem ita diſponentem, vt ipſo iure transferatur dominium, nec contra iura nec contra officium aut limites imperii ſupremi agere, ſed actum etiam cuicunque priuato conceſſum perficere, cui ipſis legibus ſuffragantibus datum, vt ſua voluntate euidenter declarata dominium transferre queat. Nihil ergo hic operatur clauſula *de plenitudine poteſtatis*, ſi declaratio voluntatis euidens deeſt; econtrario ex hac ſola *euidenti declaratione* ſtatim hic effectus ſequitur, ſi vel maxime clauſula adducta omiſſa, et poſthabita eſt. Rectius forſan diſtinxiſſent, qui in hac haereſi ſunt, inter id, quod *ordinarie* ex promiſſis principum fluere ſolet, et quod hi *extra ordinem* ſua voluntate illis attribuerunt. Qui promittunt, regulariter intendunt ſemet obligare; non vero ipſo iure dominium in rem promiſſam transferre, niſi hoc quoque extra ordinem actum probetur. Denique cum hic vnice *quaeſtio voluntatis* verſetur, vt ipſe HARTM. PISTORIS concedit, in hac acquieſcere, non vero omne punctum in *poteſtate extraordinaria* principis collocare debuiſſet, cum iam ſupra demonſtratum ſit, poteſtatem hanc et iure *naturae* et *Romano* omnibus datam fuiſſe.

§. IX. Ex his quoque iudicium de communi Dd. diſtinctione, *cap. praeced.* §. *IX.* tacta, et hoc loco excutienda, ferri poteſt, quae non in ſolida quadam iuris ratione, ſed duntaxat in incongrua interpretatione iuris *ciuilis* et *canonici* fundata eſt, id quod etiam de illis dicendum, qui diſtinctione hac neglecta, in genere promiſſis principum hunc ſingularem effectum aſſignarunt, de quibus *cap. praec.* §. 8. *IV) Sententia diſtinguentium inter donationem et contractus.*

 actum.

Digitized by Google

actum. Quod enim vulgatam diſtinctionem inter *contractus* et *donationem* principum ſeu mere *gratioſam conceſſionem* concernit, oſtenſum iam (1) eſt §. 14. *cap. praeced.* generales et minime concludentes pro ea iuſtificanda adduci rationes, quae tamen non euincunt, quod probandum erat, vel ſi concludunt, praeadductam diſtinctionem prorſus tollunt, et eandem virtutem quibuscunque promiſſis principum adſcribunt, vt *cap. praeced.* §. 15. obſeruaui. (2) Fundamenta, quod in *donationibus* et gratioſis promiſſis principum ipſo iure dominium transferatur, omni efficacia deſtituuntur et admodum lubrica ſunt, quorſum inprimis pertinet, quod *gratia* et *donatio* principis *priuilegium* cenſeatur, cuius conceſſio ius ipſum in priuilegiatum transfert ex voluntate concedentis. Si enim (a) ratio adducta vera eſſet, cuilibet priuato etiam ius priuilegia concedendi indultum foret, quia aeque vt principes donare et gratiam facere poteſt, quod admodum ridiculum. Praeterea (b) qui priuilegium concedit, ius ſingulare contra tenorem iuris communis alicui indulgere intendit, quod ſolius legislatoris eſt, tanquam legum arbitri; aſt ſi princeps donat, ſi gratioſam expectatiuam concedit, nullum priuilegium tribuit, nec ius ſingulare indulget, quia in *donando* actum iuris gentium et omnibus permiſſum exercet, et ita ſecundum ius commune et regulam agit: pariter in *expectatiua feudali* id rurſus agit, quod quibuscunque dominis feudi, imo iure dominii ſingulis conceſſum eſt, cum nemo prohibeatur, rem certam alicui promittere ſub conditione, ſi ei ex poſt facto acquiſita fuerit.

Argumentum ex c. 17. de praebend. in 6. ſub examen vocatum. §. X. Lubricum quoque eſt alterum fundamentum ex c. 17. *de praebend. in 6to* tractum et §. X. *cap. praeced.* adductum, vt iam obſeruauit FACHINEVS *libr. contr. iur. cap.* 23. et HIERONYMVS SCHVRFFIVS *cent.* 1. *conſ.* 53. *n.* 6. *ſeqq.* Nam (α) argumentum a *collatione beneficii eccleſia-*

ſtic

Digitized by Google

ſtici ad donationes, per nudum promiſſum factas, a prorſus diuerſis tractum eſt, ſiquidem donatio ignoranti et abſenti fieri non poteſt, *l.* 10. *D. de donat.* imo reuocatio donanti integra manet, antequam donatario donatio certiorata, et ab eo acceptata; *l.* 38. *pr. de acquir. vel amitt. poſſ.* quae omnia aliter ſeſe habent in collatione beneficii, ne dicam, donationem ex *mero libero arbitrio* fieri, collationem autem vacantis beneficii intra certum tempus neceſſario faciendam eſſe. conf. *c.* 3. *X. de iure patronat.* Denique licet gratia in conferendo beneficio exerceatur, non tamen omne *beneficium* aut *gratia* donationem conſtituit, quod ipſi *contractus benefici* oſtendunt. (β) Quod in collatione beneficii et electione praelatorum conſtitutum eſt, generalem regulam quibuscunque promiſſis inſeruientem operari nequit, quod alioquin non tantum promiſſa praelatorum et principum gratioſa ſaepe allegatum effectum haberent, ſed etiam quorumcunque inferiorum. Neque enim tantum collationes beneficiorum ab epiſcopo fiunt, ſed etiam ab *inferioribus clericis*, qui intuitu beneficii ſui, cui ius patronatus annexum, praeſentandi ius exercent, quae ipſa praeſentatio in *patrono clerico* inſtar *collationis* eſt, vt poſtea variare non poſſit per *c.* 5. *et* 24. *X. de iure patronat.* INNOCENTIVS 4. *in comment. ad cit. cap.* 5. Nemo tamen aſſeret, quoscunque inferiores clericos, beneficio tali prouiſos, hoc caſu quoque excipi a regula communi, quod nudis promiſſis et pactis dominium non transferatur. *l.* 20. *C. de pactis.* (γ) In collatione beneficii et electione praelatorum ſingulariter conſtitutum, collatione et electione facta, quoad conferentem et eligentes, rem ſtatim deſinere eſſe integram, vt hi non poſſint ad aliam electionem procedere, ille vero collationem reuocare, licet electus et prouiſus de ipſa electione et prouiſione nondum certior factus, vel poſt certiorationem adhuc animi pendeat, vtrum electio-

ctionem vel collationem accipere, an vero recuſare malit. (*d*) Beneficium eiusmodi res dici nequit, quae ſit in commercio et *dominio* poſſeſſoris, quippe quo tantum prouiſus fruitur pro officio ſacro ad inſtar ſalarii, vt recte obſeruat FACHINEVS *cit. loc.* Adeoque ſi beneficium prouiſi eſſe dicitur, abuſiue hoc intelligendum, et de *legitima collatione* potius intelligendum.

Quid de epiſcoporum promiſſis dicendum.

§. XI. Vnde facile liquet, ne quidem ad *epiſcoporum promiſſa* alia *gratioſa*, quorſum *expectatiuae feudales* pertinent, a collatione beneficiorum argumentum trahi poſſe, ſed idem ius intuitu eorum obtinere, quod reſpectu quorumcunque dominorum feudi obtinet. Fingamus itaque, Titium nobilem mediatum intuitu certi ſubfeudi alicui promiſiſſe *den Anfall*, ſeu expectatiuam dediſſe, nihilominus tamen, emergente caſu aperturae, fratrem ſuum contra fidem datam de hoc ſubfeudo inueſtiuiſſe, eique illud tradidiſſe. Fingamus porro, epiſcopum vel praelatum ſimile quid feciſſe. Denique fingamus, principem territorii contra expectatiuae tenorem alii feudum apertum tradidiſſe, et poſteriorem de ipſo feudo inueſtiuiſſe: annon vna eademque deciſio in his tribus caſibus obtinebit, an vero in primo poſterior, in ſecundo et tertio prior praeferendus eſt? quod recta ratio et iuris diſpoſitio minime permittit, vt ſupra iam declaratum. Fingamus porro, his tribus expectatiuis extra ordinem hanc clauſulam adiectam fuiſſe, quod, eueniente aperturae caſu, ipſo iure dominium in expectiuarium tranſire, eique integrum eſſe debeat, vacuam poſſeſſionem feudi apprehendere; num diuerſum in *principe* et *epiſcopo*, diuerſum vero in *nobili mediato* conſtituendum eſt? quod minime dicendum, quia talis translatio dominii nemini denegata eſt.

Conſenſus Schurffii.

§. XII. Confirmabo, quae hactenus dicta ſunt, aſſenſu ICti Wittebergenſis, HIERONYMI SCHVRFFII *cent.* I. *conſ.*

Digitized by Google

conſ. 53. *n.* 5. *ſeqq.* vbi praemittit, diſpoſitionem *l. quotiens.* 15. *C. de R. V.* etiam in quibuscunque ſeudis locum habere, hoc effectu, vt ſecundo inueſtitus, cui prius facta eſt traditio, praeferatur primo inueſtito, cui non fuit tradita poſſeſſio. *Quanto magis*, pergit, *haec procedunt*, *quando primus fuit inueſtitus de feudo per alium poſſeſſo*, (quod ſine dubio de expectatiua intelligendum, quae non raro *verbalis inueſtitura* dici ſolet,) *non conſentiente in talem inueſtituram vel eam ignorante* (poſſeſſore), *et ſecundus fuit inueſtitus de eodem feudo*, *iam reſignato per vaſallum poſſidentem*, *vt ſecundo concedatur*, *cui etiam tradita fuit poſſeſſio feudi*, *quae omnia procedunt etiam in praelatis*, *et aliis perſonis eccleſiaſticis*, *vendentibus rem duobus vel inueſtientibus duos de eodem feudo*, *vt ſcilicet praeferatur*, *cui prius traditur*, *licet ſit poſterior in titulo.* Denique *n.* 17. ſubiungit: quemlibet ſummum principem, vt papam vel imperatorem, teneri quidem ſeruare contractus ſuos et promiſſiones, ex hoc tamen non ſequi, *quod*, *ſi alios ſecundo inueſtiuiſſet*, et ipſis poſſeſſionem tradidiſſet, quod ſecundo inueſtiti non praeferantur. Huic quoque ſententiae calculum addit PAVRMEISTER *de iurisdictione l.* 1. *cap.* 19. *Paurmeiſteri.* *n.* 11. vbi poſt adductam diſſentientium doctrinam, tandem addit: *ſed verior eſt ſententia*, *quod dominium ex conceſſione vel priuilegio eius*, *qui ſummam habet poteſtatem*, *in alium non transferatur*, *niſi diſerte in diſpoſitione hoc exprimatur*, quod principis voluntas ſemper iuri communi conformis eſſe praeſumatur, et ad id directa, quod per negotium geſtum regulariter intenditur. Nec minus eandem doctrinam ſuam fecit ALVARVS VALASCVS *conſult.* *Aluari Valaſci.* 72. *n.* 3. *in fin.* aiens: *nec ex ſola conceſſione principis verum eſt dominium transferri*, *quicquid ſuperius citati Dd. dicant*, *niſi conſtet de voluntate certa et indubitata principis*, *volentis*, *quod dominium etiam transferatur.* Denique

HARTM.

Hartmanni Piſtoris. HARTM. PISTORIS inter, ICtos Saxoniae olim facile princeps, idem approbat his verbis: *ſecundum hanc itaque praeſumtionem in dubio exiſtimandum potius erit, principem ſola conceſſione poſſeſſionem ſine traditione minime transferre voluiſſe, et quod conſequens eſt, fruſtra hic de potentia principis laboramus, cum ad quemuis actum expediendum non ſolum potentia, ſed vel maxime voluntas requiratur. Quo ita poſito, ſequitur porro, quod, etſi feudum a principe conceſſum fuerit, tamen is, qui poſſeſſionem nactus eſt, ſemper ſit praeferendus illi, qui primo fuit inueſtitus, cum, etſi feudum gratis alicui concedatur, tamen magis accedit ad naturam contractus, quam ad naturam priuilegii.* Patri accedit etiam filius SIMON VLRICVS PISTORIS *in notis lit. k.* aſſerens: *poteſt princeps per ſuum contractum expreſſe transferre vtile dominium rei, quam concedit in conceſſionarium ſine traditione poſſeſſionis rei, ſi in contractu dicat, quod per dictum contractum transferatur dominium vtile in eum.* *Simonis Vlrici Piſtoris.*

Argumentum ex l. 19. C. de S. S. eccl. tractum examinatur. §. XIII. Non neceſſe vero eſſe duco, tertium argumentum, quod *cap. praeced.* §. 16. ex *l.* 19. *C. de S. S. eccleſ.* et *l.* 34. *C. de donat.* adductum eſt, prolixa explodere refutatione, quod iam *cit. loc.* contra ANTONIVM FABRVM iuſta cenſura exceptum eſt. Huic addi poteſt, quod textus adducti tantum euincant, donationes imperiales haud ſubiectas eſſe his, quae ex *mera ratione ciuili* illis ſuperaddita ſunt, quod vnice intuitu *ſubditorum* factum eſt. Atque huc ſine dubio referenda eſt reſtrictio donationis vsque ad quingentos ſolidos, vt ſupra hanc quantitatem facta, ſine *inſinuatione iudiciali* non ſubſiſtat, id quod mere ciuile, non naturale eſt. Inde vero minime colligi debet, in aliis quoque, quae mere *naturalia* ſunt in donationibus, imperantem diuerſo iure a priuatis donatoribus vti debere, niſi

Digitized by Google

niſi expreſſe voluntatem ſuam vltra limites ordinarios promiſſionis extenderit, id quod tamen nec priuatis denegatum eſt.

Examinatur V) ſententia eorum, qui quibusuis contractibus hunc effectum adſignant ex l. 5. C. de locat. praed. ciu.

§. XIV. Supereſt denique, vt fundamentum principale eorum, qui doctrinam contrariam, hactenus vero reprobatam, etiam ad *contractus* quoscunque principum trahunt, expendamus, quod iuxta §. *XIII. cap. praeced.* ex *l.* 5. *C. de loc. praed. ciuil.* tractum eſt. Agitur vero in *cit. l.* vt contextus docet, de *locatione perpetuaria*, adeoque de tali contractu, qui dominii translatiuus ne quidem eſt, quia alioquin, ſi vel dominium vtile transferretur, ab *emphyteuſi* non differret, a qua tamen ius noſtrum *locationem perpetuariam* adhuc diſtinguit. conf. *l.* 1. §. 15. de *exercit. action. l.* 10. *C. de locat. conduct.* Quae in contrarium a nonnullis interpretibus adferuntur, dubia pro demonſtranda translatione dominii in *conductorem perpetuarium*, plenius examinata et refutata ſunt a Dn. de LVDEWIG *in tr. de iure clientelari ſect.* 3. *cap.* 4. §. 8. Quamuis itaque dominium in conductorem perpetuarium non transferatur, nihilominus tamen cautum eſt, ab eo, cui in perpetuum res principis locata, eiusque poſſeſſio tradita, rem plane repeti non poſſe, ne quidem ſub eo praetextu, quod princeps alteri vendiderit vel donauerit, vel alio titulo conceſſerit. Poſtulabat id ratio *locationis perpetuariae*, quam nemo iniiſſet, ſi res alteri tradita, vt *perpetuo iure* apud eum eſſet, tali ſub colore vel a comite rerum priuatarum vel ab emtore vel donatario, in quem dominium translatum, reuocari potuiſſet, quod lege publica praecauendum erat. Inde vero nullum ad praeſens thema, a diſſentientibus propugnatum, trahi poteſt argumentum. Imo ſi ex *venditione* et *donatione* principum ipſo iure dominium tranſiret, hoc caſu donatarius vel emtor, iure *dominii* perpetuario longe potior, contra conductorem agere potuiſſet, quod

Tom. V. Ss non

non tantum ei negatur, ſed etiam comiti rerum priuatarum. Praeterea vero hic de perpetuario *poſſeſſore*, cui priori loco fundus principis iam traditus eſt, ſermo eſt legislatoribus, non de nudo *promiſſario*, de quo omnis ſuscepta eſt diſputatio, adeoque nulla ſolida inde confici poteſt illatio. Denique ſi noſtro ſuffragio his accedimus, qui dominium ex *locatione perpetuaria* aeque vt ex *emphyteuſi* transferri opinantur, vel ideo conductor perpetuarius in *cit. l.* praeferri poſteriori emtori et donatario debuit, quod praeter contractum ex *traditione* iam factus ſit dominus, adeoque non ex *nudo promiſſo*, ſed ex *traditione* accedente, praerogatiuam prae poſterioribus acceperit, quod hic plane non eſt in quaeſtione. Quocirca quaecunque ſententia in hac cauſa aſſumatur, nullum tamen praeſidium ex *cit. l.* pro ſe diſſentientes adferre queunt, ſed argumentum aeque lubricum eſt, ac quidem illud, quod ex *iure canonico* ſupra examinatum eſt.

Autoritas ex communi ſententia exploditur.

§. XV. His tamen non obſtantibus, FRANZKIVS cum GAILIO aliisque ſuae ſententiae inſigne pondus ex *communi Dd. ſententia* accedere exiſtimarunt, autoritatemque *Camerae imperialis* pro ſe allegarunt, quae, GAILIO teſte, adductam diſtinctionem pronunciando approbauit. Sicuti vero ſententiae Camerales non ſunt *leges imperii*, nec deciſionibus aliorum iudiciorum praeiudicant, multo minus *obſeruantiam conſtantem* inducunt; ita hic quoque non *exemplis*, ſed *legibus* iudicandum eſt, nec quid Romae factum ſit, ſed quid fieri debuerit, reſpiciendum. *Communis ſententiae* ſpectrum, quo olim ſaepe interpretes ab inquiſitione veritatis deterriti ſunt, hodie neminem amplius mouet, vt incaute quaeuis ab interpretibus tradita ſequatur, ſed magis incitat atque adducit veritatis indagatorem, vt rationes *ſententiarum communium* accurato ponderet examine, poſtquam

Digitized by Google

quam experientia docuit, α) communes ſententias ſaepe eſſe communes errores: β) plane non conſtare, quae ſententia hoc encomio mactari debeat, cum plerumque adhuc de eo litigent, et interim veritatis ſcrutinium omittant: γ) eas nil niſi *interpretationem doctrinalem* conſtituere, quae *articulum fidei* non continent, ſed ex iuſta cauſa impune ſperni poſſunt. Argumentum, in quo praeſens diſſertatio occupata fuit, euidentiam rei ſine dubio ob oculos poſuit, docuitque, 1) communem ſententiam, quam in hoc themate laudat GAILIVS, et cum eo FRANZKIVS, apertiſſimum et obſoletum errorem eſſe, ratiunculis friuolis munitum: 2) non conſtare, quae inter tot variantes opiniones communis dicenda ſit, cum, qui in diſtinctone adlata ſubſiſtunt, communem ſententiam laudent, et crepent, et qui idem dogma in contractibus admittunt, idem fulcrum ſuae ſententiae circumponant, vt COVARRVVIAS, quo ſe verteret, neſciret. Denique quae rectiora tradiderunt, pariter ad *communem* prouocarunt *ſententiam*, prout SCHVRFFIVS, ſupra laudatus, orbi literario perſuadere voluit. Concludamus itaque, non numerandas eſſe ſententias, ſed ponderandas.

§. XVI. Denique ſi doctrinam, *in theſi* conſideratam, ſpeciatim ad *expectatiuas* vel *feudales* vel *officiorum publicorum* vel *praebendarum* applicamus, quae itidem *promiſſa principum de conferendo* ſunt, adeo ſententia *cap. I.* recitata, falſa eſſe videtur, vt ne quidem *vinculum irreuocabile* talis promiſſio producat, ſi adoptamus ea, quae interpretes de *reuocabilitate conceſſarum expectatiuarum* commentantur. Inter hos agmen ducit MYLERVS AB EHRENBACH *in Hyparchol. c. III.* §. 27. variaque in ſcenam producit argumenta, quibus probare contendit, *principem liberrima voluntate exſpectatiuas reuocare et tollere poſſe.* Hoc ſi *Expectatiua ſua natura reuocabilis cenſetur.*

 verum

Digitized by Google

verum, commentum inſigne ſine dubio eſt, ex his *expectatiuis feudalibus* ipſo iure dominium in promiſſarium transferri, quippe quod *ius irreuocabile* domino tribuit, a principe haud reuocandum, nec adimendum. Ipſam libertatem eas reuocandi vtplurimum trahunt ex *natura* huius *negotii*, quae *imperfectam obligationem* producit, et hac de cauſa meris *gratiis* comparantur, quod inſtar *precarii* ſint, ſua natura reuocabilis. Haec doctrina *iuri canonico* conformis eſt, in *papalibus expectatiuis* praebendarum recepta, vt Dn. PRAES. *tom. II. iur. eccleſ. lib. III. tit.* 8. §. 12. *ſeqq. p.* 579. obſeruauit, ex quibus principiis etiam ſua argumenta petit MYLERVS AB EHRENBACH. IDEM quoque eadem principia applicat ad *expectatiuas feudales*, et *licet*, ait *cit. l.* §. XXIX. *n.* 84. *feudum alicui conceſſum reuocare non liceat ſine cauſa*, 1. *f.* 7. *ſecus tamen eſt, vbi feudum precario et ad bene placitum eſſet conceſſum*, quod ſine dubio de inueſtitura in caſum aperturae facienda accipiendum eſt, quatenus de illa ex *mera gratia* alicui ſpes facta. Ego vero in hoc argumento a doctrina iuris canonici lubens abſtinebo, quam multis dubiis et ſcopulis ſubiectam eſſe video, praeſertim ſi *ius feud. allem. c.* 12. et 13. et *ius feud. Sax. c.* 7. ad eam confero; illud interim inde colligo, *expectatiuas feudales* non ita eſſe comparatas, vt tam exorbitans et irregularis effectus, quem in hac diſſertatione ſub examen vocaui, iis attribui queat, quae multum operis impendere debent, vt ſeſe contra *reuocandi* licentiam defendant, quod thema peculiarem meretur meditationem, cui vlterius non inhaerebo.

IVRIS

Digitized by Google

IVRIS CANDIDATO, DISERTO ET DOCTO,

GEORGIO ARNOLDO RICHERTZ

S. P. D.

IOAN. PETR. DE LVDEWIG,

FRIDERICIANAE CANCELLARIVS.

Meum non eſt, teſtimoniis ludere, iisque imponere maecenatibus et patronis iuuenum litteratorum. Re ipſa noſtro collegio, quod iureconſultorum eſt, probauiſti tuos, in omnibus iurisprudentiae diſciplinis, profectus: vt non ſolum infula; ſed et ſparta te dignum aeſtimemus, ſiue in ſchola, ſiue in curia, olim exornanda. Iunxiſti priuato iuri publicum, auditor doctrinarum cum mearum, tum illuſtris tui praeſidis. Sub cuius tegimine prodis nunc in publicam arenam inauguralem. Thema, quod tractas, in vtramque partem eſt inſtructum interpretum iuris ſententiis. Ita enim, in hoc genere argumentorum, aqua haeret pluribus haerebitque deinceps; vsque dum plene definitum ſit: obligetne iuris Romani in patria receptus ſubditos ſolos; an ipſos etiam principes? Idque ſiue illi agant inter ſe ſiue cum populo contrahant, ſibi addicto? Titubant enim in hoc problemate huc et illuc doctores. Vt ſcilicet dogma inſeruit cuiusque ſcenae; quam ſuſcipit inſtruendam. Natura voluntatem non alligat ſymbolis. Symbolica igitur iurisprudentia poſitiua eſt; non autem temere facta; ſed optimo conſilio. Ad euitandum in republica lites; ne rerum dominia multoties incerta eſſe videantur. Neque migrarunt hunc morem patria inſtituta. Nam in his effeſtucationes; inueſtiturae; annuli; baculi; peda; virgae; vexilla; haſtae; pilei; pallia; mitrae centumque alia occurrunt, collineantia ad eundem finem. Vale et memor viue Tulliani edicti: iuris vmbras colere mortales et eius ſtudia eſſe vmbratilia vere! Halae Salicae, pridie iduum *menſis* Maii CIↃ IↃ CC XXXII.

CLARISSIMO CANDIDATO.

S. P. D.

PRAESES.

Fumum vendere, et figmenta in quouis ſcientiarum genere inculcare, imperitiae, ne quid grauius dicam, argumentum eſt certiſſimum, quo naeuo tamen hi, qui ambigua cauſarum fata in ſtrepitu forenſi enucleant, non raro infecti eſſe ſolent. Enimuero Tu, clariſſime Candidate, ab hoc genere hominum longe remotus es, iis in hoc ſtudiorum campo principiis innutritus, quibus figmenta doctrinarum conculcantur, non inculcantur, et fumi venditores facile detegi poſſunt. Argumentum diſſertationis, quod iuſto trutinaſti examine, huc praecipue tendit, hoc iter primario tenet, vt verum a falſo diſcernat, et, omni ſepoſito autoritatis praeiudicio, demonſtret, in diſputando autoritati aliorum non tam parendum, quam proprium ſequendum iudicium, vt libertas diſſerendi, monente TVLLIO *l. I. de LL. conſeruetur. Huius cauſam egregie egiſti, et ſicuti per id temporis ſpatium, quo iuri aliiſque optimarum doctrinarum ſubſidiis in hac aliiſque Academiis operam dediſti, animum Tuum omni ſcientiarum genere exornaſti, ita hoc inſtructus praeſidio literarum, hoc refertus apparatu, a noſtris aris diſcedis, vt idoneum ciuem, ad negotia publica et priuata praeparatum, patriae redderes, venerandoque parenti Tuo ſolatium, amicis vero ſingularem adferres voluptatem. Vt vero etiam nobis memoriam Tui relinqueres, nos vero illud praemium, quod dignis tantum cultoribus ſtudiorum propoſitum, et ſic etiam Tuae induſtriae debitum eſt, Tibi tribueremus, poſt peracta examina conſueta, hodierno die publicum et nouum eruditionis ſpecimen edere conſtituiſti, et hoc ipſo ſimul aditum ad capeſſendos honores doctorales Tibi comparaſti. Atque haec vnice cauſa eſt, quod Te his compellem literis publice, certiſſimum meae in Te voluntatis ſignificationem habentibus, ſimulque Tibi de peracto egregie ſtudiorum Tuorum curſu gratuler, hoc ipſo, officio meo ſatisfacturus. Vale. Dab. Halae d. 20. Mai. 1732.*

EXER-

EXERCITATIO LXXXIII.

AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CONTRA LEGES MAXIME PROHIBITIVAS.

ARGVMENTVM.

I. Vis legum in ciuitate. II. Prohibent vel ſub poena, vel ſub lege nullitatis; III. vel in fauorem agentis, vel abſolute. IV. Vis legis abſolute prohibentis. V. Tollitur deſuetudine. VI. Argumenti ratio. VII. Vſucapionis et praeſcriptionis differentia. VIII. Praeſcriptio longiſſimi temporis. IX. Immemorialis praeſcriptio proprie non eſt praeſcriptio. X. Vis poſſeſſionis immemorialis. XI. Diſcrimen inter praeſcriptionem et conſuetudinem. XII. Admittitur praeſcriptio aduerſus leges in fauorem priuatorum prohibentes. XIII. Iura imperii aduerſus principem ei non obnoxia. Exemplum collectarum. XIV. Non admittitur aduerſus leges prohibentes et politiam concernentes. XV. Quaenam ſecundum ius canonicum praeſcriptioni non ſint obnoxia? XVI. Excluſa praeſcriptione, locus eſt praeſcriptioni immemoriali. XVII. Haec praeſumtionem iuris olim legitime acquiſiti etiam contra legem prohibitiuam continet. XVIII. An in ea de interruptione quaeri poſſit?

§. I.

In eum per malum, humano generi connatum, coniecti ſumus ſtatum, vt ſine legibus ſalui et incolumes eſſe neque- *Leges in ciuitatibus neceſſariae.*

nequeamus. a) His coercenda hominum audacia ad nocendum prona: his reſtringenda libertas effrenata, qua, in ſocietate ciuili, facile abutuntur ſubditi, vt ab officio ſuo declinent: his ergo in eo retinendi, ad pacem et tranquillitatem cogendi, et omnibus conſtringendi modis, vt *boni ciues* b) reddantur. Cogunt ergo leges, *vim externam* adhibent, c) iubent, imperant, vetant, puniunt. d) Quamuis enim etiam *permittere* dicantur, hoc tamen tantum eo pertinet,

iubentes et vetantes.

Legum neceſſitas illuſtratur.

a) Hanc veritatem agnouerunt ſapientes antiquiſſimi, docentes, *vt corpora noſtra ſine mente, ſic ciuitatem ſine lege, ſuis partibus vt neruis et ſanguine et membris, uti non poſſe,* vt CICERO *pro Cluent. c.* 53. recte ait. IDEM *lib. III. de LL.* ſtatim *in princ.* hoc reguſtat, et, *cum dico,* ait, *legem, a me nihil aliud intelligi volo, quam imperium, ſine quo nec domus vlla, nec ciuitas, nec gens, nec hominum genus uniuerſum ſtare, nec rerum natura omnis, nec ipſe mundus poteſt.* Malos autem motus animorum, et cupiditates inordinatas, quae hominibus inſunt, legibus ortum debere, nemo negabit, ſicuti teſtatiſſimum eſt, morborum et infirmitatum corporum cauſa, quibus conflictantur, medicamenta inuenta fuiſſe. Eleganter MACROBIVS *lib. III. ſaturnal. c.* 17. *ac niſi peſſimis effuſiſſimisque moribus viueretur, profecto legibus ferundis opus non fuiſſet. Vetus verbum eſt: leges bonae ex malis moribus procreantur.*

b) Notum eſt effatum ICti in *l.* 1. §. 1. *D. de I. et I.* quod leges intendant *bonos facere non ſolum metu poenarum, ſed etiam praemiorum propoſitione.* Palam eſt, ICtum accipiendum eſſe de *bonis ciuibus* tranquille inter ſe viuentibus; non de *bonitate morali,* quae legibus impetrari nequit.

Legibus coactio ineſt.

c) Haec vis *coactiua* externa, qua *leges* armatae ſunt, diſtinguit eas a *praeceptis moralibus,* quibus interni hominum mores emendantur, et *doctorum,* non *legislatorum* officio continentur.

An etiam permiſſio?

d) Ait ICtus in *l.* 7. *D. de LL. Legis virtus eſt imperare, vetare, permittere, punire,* quod etiam CICERO *lib. II. de inuent.* circa fin. agnoſcit, aitque: *omnis lex aut iubet aliquid, aut permittit, aut vetat.*

e) Huc

Digitized by Google

tinet, quod leges determinent *facultatem agendi*, modum, tempus, locum, aliaque ad agendum neceſſaria praeſcribant, vt bene beateque ſubditi in republica viuant. Atque ſic *per indirectum* quoque leges iubent et vetant, vt hoc vel illo modo, hoc vel illo loco ac tempore agatur, et denique vt illi duntaxat haec vel illa negotia agant, quibus ea indulſerunt: reliqui ea omittant, quos ex iuſta cauſa ab illis excluſerunt, quod rurſus per *prohibitionem* vel *iusſionem* fit. [e])

§. II. Cum igitur primaria virtus legis ſit, *iubere* et *vetare*, ſciendum eſt, *prohiberi* aliquid legibus vel *abſolute*, ſub ſanctione poenali, et nullitatis; [f]) quorſum etiam ſpectat obligatio reſtitutionis, aut reductionis in priſtinum ſtatum: [g]) vel ſub lege tantum *nullitatis*, vt, quae contra facta ſunt, *Leges aliquid prohibent duplici modo:*

[e]) Huc collineat ICtus in *l. 6. pr. de I. et I.* et inquit: *cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi* (ſeu naturae) *ius proprium* i. e. ciuile *efficimus*. Sunt enim praecepta iuris naturae generalia, et variam admittunt determinationem, qua ſaepe eis quid detrahitur, cum certae perſonae ab agendo excluduntur, vt valide agere nequeant, vt exemplo mulierum conſtat, quibus intercedere, et coniugum, quibus donare prohibitum eſt. Pariter, qui certo modo, loco ac tempore agere iubentur, inſimul iuſſi ſunt, vt non aliter agant; denique alii quoque hoc modo prohibentur, ne impedimentum agenti ponant, vt recte ait GROTIVS *de I. B. et P. lib. I. c.* 1. §. 9. *Varia legum determinatio.*

[f]) Huc ſpectant *leges poenales*, quae non tantum delicta coërcent, ſed generatim ſub poena arbitraria vel mulcta quid prohibent; quales in proceſſu paſſim quoque occurrunt, veluti: ne procuratores in primo termino absque mandato ſub poena 5. thal. compareant: ne modo ſatyrico aduerſarium traducant, ne clauſulam ſalutarem omittant, ceu in *ord. proc. Magd.* ſub poena 5. thalerorum cautum eſt. *Vel ſub poena*

[g]) v. c. ne quid in flumine publico, ripaue eius fiat, quo peius nauigetur, vel ne quid fiat, quo aliter aqua fluat, quam vti priori aeſtate *et reſtitutione in priſtinum ſtatum;*

ſunt, pro nullis et inualidis habeantur, atque omni effectu iuris careant. h) Id quod potiſſimum ex ipſa legis diſpoſitione, eiusque fine, vnde eiusdem intentio liquet, hauriendum eſt.

Quaedam prohibentur primario in fauorem eorum, quorum intereſt.

§. III. Diuerſa tamen eſt legis prohibitiuae ratio et finis. Quaedam enim prohibentur, vnice in fauorem agentium, ſeu eorum, quorum intereſt: quaedam primario et principaliter prohibentur ob rationem ſalutis publicae. Illa quidem itidem pro nullis et inualidis habentur; ſed lex tantum *permittit*, vt hi, quorum de praeiudicio agitur, actum contra leges ſuſceptum impugnare queant, i) vt

aeſtate fluxit. Si ergo contra hoc interdictum aliquid factum eſt, mox reſtituendum in priſtinum ſtatum. *l. vn.* §. 12. *D. ne quid in flum. fiat, quo aliter aqua fluat.* Plures eiusmodi ſpecies in materia *interdictorum* occurrunt, quae effectum *reſtitutionis in priorem ſtatum* potiſſimum intendunt, vt ſic pro non factis habeantur, quae contra leges facta ſunt.

Vel ſub nullitate tantum, licet non expreſſa.

h) Sic enim Imperatores edicunt in *l.* 5. *C. de LL. nullum pactum, nullam conuentionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſubſecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente.* Atque hoc adeo verum eſt, vt nuda legis prohibitio ſufficiat, clauſula *nullitatis* ne quidem ſubiecta. Ita enim pergunt: *quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam nouellas trahi generaliter imperamus, vt legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuiſſe ſufficiat, ceteraque quaſi expreſſa ex legis liceat voluntate colligere, h. e. vt ea, quae lege fieri prohibentur, ſi fuerint facta, non ſolum inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, non ſpecialiter dixerit, inutile eſſe debere, quod factum eſt.* Denique hoc adeo extendunt Imperatores, vt nec *iuramentum* contra legum prohibitionem praeſtitum vllum debeat habere valorem.

Quod prohibitum in fauorem agen-

i) Quando actus vnice in fauorem eius, qui inde praeiudicium capit, prohibetur, huic *permittit*, vt actum impugnare, et nullitatis declarationem petere poſſit, et ita in tali lege prohibitiua *permiſſio legis*

vt tamen, his volentibus et ſuo iuri renuncianti-
Tt 2 bus,

gis occurrit. Multa in proceſſu quotidie nulliter fiunt, vt permiſſum ſit, *nullitatis quaeſtionem* mouere, vt, quod nulliter factum, emendetur, quamuis, laeſo a iure ſuo deſiſtente, et id, quod factum eſt, approbante, ſubſiſtat. Ait Imperator ANTONINVS in oratione in ſenatu habita, quam VLPIANVS in *l. 3. pr. de donat. inter vir. et vxor.* recitat: *maiores noſtri inter virum et vxorem donationes prohibuerunt,* hoc effectu, vt inutiles, et donanti integrum eſſet, donata reuocare. Verum non abſolute conſtrinxerunt coniuges, vt donationes factas reuocarent, ſed hoc libero eorum arbitrio permiſerunt, vt donationes, eis volentibus, et ſuo iuri renunciantibus ſubſiſterent. Admodum probabile eſt, hac prohibitione non obſtante, frequentiſſime inter coniuges, ex intimo affectu, quo vtplurimum ducuntur, donationes factas fuiſſe, quae licet minus tutae et ſecurae fuerint, ſubſiſtere tamen potuerunt, ſi donantes easdem reuocare noluerunt. Interim in ſe erant nullae, quia, vt ait ICtus in *l. 3. §. 10. eod. ipſo iure, quae inter virum et vxorem donationis cauſa geruntur, nullius momenti ſunt,* adeo vt heres rem donatam repetere poſſet, ſi *euidenter* apparebat, defunctum voluntatem ſuam mutaſſe; in dubio enim iudex procliuior eſſe debebat ad comprobandam donationem. *l. 32. §. 4. eod.* Hoc modo lex ſimul certo reſpectu *prohibet* et *permittit.* Reſpectu *donatarii* prohibet, ne donationes ſibi factas acceptet, alioquin perſuaſum habeat, donationem inutiliter factam fuiſſe. Reſpectu *donantis* vero eſt *permiſſiua*; permittit enim lex, vt poſſit, ſi velit, id, quod donationis cauſa factum eſt, reuocare, vt tamen ſimul ei liberum ſit, ſuo iure non vti. Pariter prohibitum eſt, meſſium vindemiarumque tempore aduerſarium cogere ad iudicium venire, adeo vt ſententia, occupatis abſentibus, lata, ſit nullius momenti, valet tamen, ſi praeſentibus illis et ſponte litigantibus ſententiam dixit praetor; *l. 1. pr. § 1. D de feriis,* quod haec prohibitio vnice fauorem eorum, qui occupati erant circa rem ruſticam, concerneret, cui renunciare permiſſum erat. Par ratio erat SCti Velleiani; ait enim VLPIANVS in *l. 2. pr. D. de SCto Vellei. primo quidem temporibus* D. AVGVSTI, *mox deinde* CLAVDII *edictis eorum* INTERDICTVM *fuiſſe, ne feminae pro viris*

tium valet his volentibus.

Quod lex permittit.

Quaedam ob rationem ſalutis publicae.

bus, k) ſubſiſtere queat actus prohibitus. Valet ergo ex voluntate eorum, quibus *permiſſum* erat, id quod factum erat, impugnare. Haec vero adeo nulla ſunt, vt ne quidem volentibus partibus ſubſiſtant, l) ſed abſolute a legi-

viris ſuis intercederent. Hoc tamen interdictum vnice in fauorem feminarum factum erat, vt nihil obſtaret, quo minus, ſi vellent, ex interceſſione ſua creditoribus ſatisfacerent Speciatim vero vxoribus interdictum erat, ne pro maritis ſuis intercederent, alioquin interceſſio eſſet ipſo iure nulla. Sed haec prohibitio tamen ita comparata erat, vt vxor, ſi vellet, iure ſuo itidem vti non poſſet.

Et ſic quoque renunciatio huius iuris valet.

k) Hoc declarat antiqua regula iuris; *omnes licentiam habere, his, quae pro ſe introducta ſunt, renunciare*, teſte IVSTINIANO in *l.* 29. *C. de pactis.* Vnde interpretes collegerunt, etiam feminas poſſe renunciare beneficio huius SCti, et ſic valide ex interceſſione ſe obligare, vt probatum dedit Dn. PRAESES *diſſ. de interceſſione mulieris efficaci c.* 2. §. 17. quod etiam confirmant SCHILTER *in pr. iur. Rom. ex.* 28. §. 8. VOETIVS *ad tit. de SCto Vellei.* §. 9. STRYK. *in V. M. ad cit. tit.* §. 18 quamuis in alia omnia eant AVERANIVS *lib. II. interpret. iur. c.* 5. et B. THOMASIVS *diſſ. de SCti Vellei. renunciat.*

Cuius vim iuramentum habet.

Tribuit quoque ius canonicum *iuramento* vim *renunciationis* tacitae, vt actus nullus, iuramento tamen firmatus, ſubſiſtat. *c.* 28. *X. de iureiur. c.* 2. *de pact. in 6to.* Iuramento enim *permiſſio*, qua antea *actum nullum* impugnare potuiſſet, ei adimitur, et obſtringit iurantem, ne iure ſuo vtatur.

Leges abſolute prohibitiuae non ſubſunt priuatorum arbitrio.

l) Contra tales leges prohibitiuas nec *pacta* nec *iuramenta* valent, quia non ſubſunt libero ſubditorum arbitrio. Prius declarat *l.* 38. *de pact.* vbi dicitur: *ius publicum*, ſeu abſolute prohibitiuum, *pactis priuatorum mutari non poteſt*, adeoque nec iudici, nec partibus etiam volentibus, permiſſum eſt, in feriis diuinis ſententiam dicere, aut de cauſis controuerſis cognoſcere, quippe quod abſolute prohibitum eſt, adeo vt, quod contra hanc legem prohibitiuam factum fuerit, *omnibus modis* irritari debeat, vt dicitur in *l.* 2. *C. de feriis.* Poſterius euincit *c.* 12. *X. de for. compet.* vbi adeo *renunciatio fori eccleſiaſti-*

Digitized by Google

legibus improbentur, adeo vt contra facientes etiam puniri queant ob ſingularem legum prohibitiuarum abvſum.

§. IV. Vnde ſequitur, vt, quae legibus *imperata*, quae *abſolute probibita* ſunt, non ſint ſubiecta ſubditorum arbitrio, m) ſed, quae imperata ſunt, hi ſimpliciter agere debeant

Leges iubentes et ſimpliciter probibentes abſolute obligant.

Tt 3

cleſiaſtici interdicta eſt clericis, vt nec iuramentum renuncianteſ ſtringat. Idem quoque dicendum de lege *iubente*, contra quam iuramentum praeſtitum non ſtringit. Etenim teſtes, qui euocantur teſtimonii dicendi cauſa, iuſſi ſunt, vt teſtimonium dicant, adeo vt ad hoc cogi queant, ſi vel maxime iuramento ſe conſtrinxerint, quod contra eum, qui litigat, deponere nolint. *c.* 4. *X. de teſt. cog.*

m) Eleganter hoc illuſtrat PLVTARCHVS *in apophthegm. com. II. p.* 230. *lit. E.* PAVSANIAS, ait, *Pliſtonactis filius interroganti, cur de antiquo iure nihil Lacedaemoni liceret convellere: quia, inquit, legum in viros, non virorum in leges debet eſſe autoritas.* Vnde neceſſario conficitur, ad legum vigorem et efficaciam non deſiderari *acceptationem* et *conſenſum populi*, niſi formula reipublicae conſenſum eorum, qui populum repraeſentant, quales ſunt *ſtatus regnorum* et *prouinciarum*, praeciſe deſideret. Cum enim leges non dependeant ab arbitrio ſubditorum, ſed ab imperio legislatorum, inuitis etiam feruntur, eosque cogunt ad earum obſeruantiam. Equidem IVLIANVS in *l.* 32. §. 1. *D. de LL.* in contrariam ire ſententiam videtur, aiens: *ipſae leges nulla alia de cauſa nos tenent, quam quod iudicio populi receptae ſint;* ſed cogitandum eſt, ICtum iuxta principia *ſtatus popularis* rationes ſubducere, adeoque generalem regulam, ad quemcunque reipublicae ſtatum applicandam, inde efformari non poſſe. Huc tamen ſententiam huius legis flectit PETRVS de MARCA *de concord. ſacerd. et imp. lib. I. c.* 16. vt leges non aliter obligent, *quam ſi commodas et vtiles rebus ſuis futuras populus ipſe iudicauerit*, quod ſub hac conditione leges latae fuerint. Ita vero leges non ab imperio imperantis,

Quod illuſtratur.

Ad legum vigorem non deſideratur ſubditorum conſenſus.

Digitized by Google

beant quae autem prohibita, omittere cogantur, alioquin actum eſſe non tantum nullum, ſed etiam punibilem, ſi ſub poena actus eſt imperatus aut prohibitus. Neque tantum lex prohibet, quod diſertis verbis prohibet, ſed etiam quod ſecundum mentem eius, quae ſaepe latior verbis eſt, ſub *prohibitione* continetur; alioquin fraus legi fieri dicitur. [n])

§. V.

perantis, ſed a iudicio et arbitrio populi dependent, quod admitti nequit, quia non populus de eo, quod in commune vtile eſt, ſed imperans in republica iudicat, niſi, vt dixi, formula reipublicae aliud conſtituerit. Vnde quoque admitti nequit regulariter, quod IDEM *cit. l.* §. 3. aſſerit, inquiens: *ex eodem fonte manat, vt legibus ſeruandis ciues ſuos adſtringere principes non cenſeantur, ſi ſtatim, atque publice propoſitae ſunt, viris ſapientibus et cordatis, vel etiam ipſi vniuerſitati earum vſus parum commodus eſſe videatur.* Ita vero rurſus leges ab arbitrio et iudicio ſubditorum dependent, quorum eſt, legibus obedire, non de legum vtilitate diſputare. Si legum vſus parum commodus eſſe videtur, integrum eſt vniuerſatibus et viris ſapientibus, incommoda earum humiliter proponere, atque, vt lex emendetur vel tollatur, rogare; ſed rurſus, vtrum lex ſit emendanda? non dependet a populi iudicio, ſed ab Imperantis definitione.

Nihil etiam faciendum in fraudem legis.

[n]). Recte ICtus in *l.* 29. *D. de LL. contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui ſaluis verbis legis ſententiam eius circumuenit.* Addit VLPIANVS in *l.* 30. *eod. Fraus enim legi fit, vbi, quod* iuxta mentem ex ratione hauriendam *fieri voluit, fieri autem* diſertis verbis *non vetuit, id fit;* neque enim tantum lex prohibet, quod verbis cautum eſt, ſed etiam, quod ratio legis ſub prohibitione contineri euidenter docet. Quae cum ita ſint, ne quidem eo ſenſu leges ab arbitrio populi pendent, vt ea tantum obſeruare velint, quae verba prae ſe ferunt, ea tamen licite et valide agere, quae ratio eorum ſub prohibitione contineri ſuadet, et demonſtrat; id enim reuera involueret *interpretationem ſophiſticam.* Neque admitto, ſi quis diſtinguere velit inter *iudicium ſingulorum,* et *iudicium vniuerſitatis* ſeu *populi:*

Digitized by Google

Leges tamen pedetentim vim ſuam amittunt per contrarium vſum,

§. V. Quamuis vero leges a legislatore latae non ſubiaceant ſubditorum arbitrio, nec eis liberum ſit, velintne ſe his ſubmittere nec ne? cum hoc ipſum cum legum *obligatione* et *ſtatu ſubiectionis* ſtare non poſſit; certum tamen eſt, legem pedetentim tolli et mutari poſſe per *vſum* ſubditorum *contrarium* et inueteratum, vt ex poſtfacto ob deficientem diuturnam obſeruantiam eius autoritas exareſcat, et obligatio eius exſtinguatur. °) Magnam enim

puli: nec huius ab arbitrio mens legis aut vis eius pendet, nec ei permiſſum eſt conſtituere, ſe hac lege obligari nolle vel aliter ſe huic legi ſe ſubiicere nolle, quam iuxta verborum tenorem, quod alioquin arbitrium legum ſibimet tribueret, nec leges vim obligandi haberent, quod contradictione non caret.

Deſuetudo etiam poteſt praecaueri.

°) Id vero prioribus non repugnat, nec inde colligi poteſt, *directo a voluntate et electione populi* legum vigorem dependere. Quid enim ſi imperans contrariis caſibus mox reſiſtat: ſi in herba, quod contra legem nouam fit, ſupprimat: ſi magiſtratus ſedulo inuigilent, vt ſecundum leges agatur, et ipſi quoque ſtrenue ſecundum leges decernant. Hoc enim facto praecauent, ne contrarius vſus introduci, et per hoc vigor earum infringi poſſit. Saepe mores ſubditorum ita depravati ſunt, vt legis optimae vſum reſpuant, vel non patiantur, eam diu in vſu retineri poſſe, vt in ea, quae contra luxum in republica luxurioſa lata eſt, contingit. Autor erat Senatus TIBERIO, vt luxum nimium lege refrenaret; hic vero prudenter, ſtatum rei Romanae morbidum contemplando, inanem fore legem arbitratus eſt, atque eius rogationem reſpuit. Inter alia ait apud TACITVM *lib. III. annal. c.* 52. *ſeq tot a maioribus repertae leges, tot, quas diuus Auguſtus tulit; illae obliuione, hae quod flagitioſius eſt, contemtu abolitae ſecuriorem luxum fecerunt.* Saepe feruntur leges, ſimul tamen media ſubditis non ſuppeditantur, absque quibus in vſum deduci nequeunt, quales ſunt *leges monetariae*, quarum vſus eſſe nequit, niſi legislator probae monetae abundantiae ſubditos compotes fecerit. In inopia publica probae monetae leges ſunt inanes contra monetam reprobatam. Saepe etiam

Quandoque etiam leges malos mores eradicare nequeunt.

mores

Digitized by Google

et deſuetudinem. enim autoritatem *conſuetudinis diuturnae* eſſe, leges ipſae agnoſcunt, iudicesque adſtringunt, vt iudicent non tantum ſecundum ius ſcriptum, ſed etiam conſuetudines et mores ciuitatum. p) Iam vero etiam contrarius vſus, qui legi repugnat, conſuetudinis vim habet, q) et tam diu vigorem

Quatenus vſus ſubditorum ad vigorem legis quid conferat.

mores ſuperuenientes tolerantur in republica, qui neglectum legum inducunt, et quatenus hi applicationem earum tollunt, eatenus ad vigorem earum aliquid vſus ſubditorum confert, ad minimum *per indirectum*, vt per vſum contrarium leges abrogentur. Lege Pompeii in Bithynia prohibitum erat, ne extranei, ſed tantum ciues legerentur in ſenatum, contra quam aliarum ciuitatum ciues per diuturnum tempus admiſſi erant. Conſultus TRAIANVS a PLINIO SECVNDO *lib. X. epiſt.* 116. reſpondit: *merito haeſiſti, Secunde cariſſime, quid a te reſcribi oporteret cenſoribus, conſulentibus, an legerent in ſenatum aliarum ciuitatum eiusdem tamen prouinciae ciues? Nam et legis autoritas, et longa conſuetudo vſurpata contra legem in diuerſum te mouere potuit. Mihi hoc temperamentum eius placuit, vt ex praeterito nihil nouaremus, ſed manerent, quamuis contra legem adſciti, quarumcunque ciuitatum ciues; in futurum autem lex Pompeja obſeruaretur, cuius vim ſi retro quoque velimus cuſtodire, multa neceſſe eſt perturbari.*

Iudices etiam iubentur, iuxta conſuetudinem iudicare.

p) Ita cenſuit ipſe Imperator in *pr. Inſt. de offic. iudic.* aiens: *inprimis illud obſeruare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut conſtitutionibus aut* MORIBVS *proditum eſt.* Hoc poſito, ne quid contra *longam conſuetudinem* fiat, ad ſollicitudinem ſuam reuocare iubetur praeſes prouinciae in *l.* 1. *C. quae ſit long. conſuetudo,* quippe quae legis perpetuae vim obtinuit. *l. f. C. eod.*

Poteſt etiam princeps conſuetudinem rurſus tollere.

q) Neque hoc pugnat cum effato CONSTANTINI in *l.* 2. *C. eod.* aientis: *conſuetudinis vſusque longaeui non vilis autoritas eſt, verum non vsque adeo ſui valitura momento, vt aut rationem vincat, aut legem;* nam vt optime obſeruat GERARDVS NOODT *ad tit. de LL. circa fin.* verba adducta non de lege *antecedente*, ſed *ſubſequente*, qua conſuetudo tollitur, aut improbatur, accipienda ſunt. Proinde licet generaliter cautum ſit, quemlibet clericum munus eccleſiaſticum per ſe obire debere, *c.* 3. *et* 4. *X. de cler. non reſid.* conſtat tamen, more vni-

Digitized by Google

gorem obtinet, donec lex priſtina per nouum edictum in vſum fuerit reuocata. Neque enim conſuetudo etiam diutius vim in republica obtinet, quam principe conniuente et volente, cui non ſemper integrum eſt, mores deprauatos contra leges optimas introductos eradicare. [r])

§. VI.

vniuerſali introductum fuiſſe in eccleſiis *collegiatis* et *cathedralibus*, vt etiam per *vicarios* miniſteria ſua peragere queant canonici. Conſtat, ius canonicum aeque dicam ſcribere honorariis pro exequiis mortuorum et benedictionibus et ſimilibus, atque ita *iura ſtolae*, vt ſimoniaca, improbaſſe, quae tamen admittuntur *ex laudabili conſuetudine, erga ſanctam eccleſiam pia deuotione fidelium introducta*, vt Papa loquitur in *c.* 42. X. *de ſimon.* ſimulque praecipit, vt tales *piae conſuetudines* obſeruentur et compeſcantur per epiſcopum loci, *qui malitioſe nituntur laudabilem conſuetudinem immutare*, licet legibus prohibitiuis repugnet, et ALEXANDER III, in *c.* 8. *X. de ſimon.* tales conſuetudines improbauerit. Sic itaque eadem conſuetudo ex iudicio huius pontificis eſt vituperabilis; ex alterius eſt laudabilis. Prohibitum eſt epiſcopis, vacantibus beneficiis, ad eorum collationem, ordinationem, praeſentationem, vel cuſtodiam pertinentibus, bona defunctorum clericorum inuenta occupare, ſibique *iure ſpolii* attribuere, *niſi de ſpeciali priuilegio vel conſuetudine iam praeſcripta legitime hoc iisdem competere dignoſcatur*, per *c.* 9. *de offic. ordin. in* 6. Et tamen paſſim pontifices conſuetudines contra ſanctorum patrum inſtituta improbant, licet qui tales conſuetudines contrarias vrgent, ſe conſtrictos iuramento ad conſeruandam eccleſiae ſuae conſuetudinem aſſerant, vt liq. et ex *c.* 1. *X. de his quae fiunt a mai. parte capit.* Nihilominus in eodem caſu CLEMENS III. in *c.* 1. *collect. antiq.* 2. *eod. tit.* admittit *conſuetudinem eccleſiae hactenus obſeruatam, modo apoſtolicae ſedis autoritate confirmata fuerit*; quam tamen confirmationem non deſiderant eccleſiae in Gallia et Germania, quae ſuas proprias conſuetudines habent.

Licet interim conſuetudo valeat contra legem prohibitiuam.

[r]) Et ita accipienda eſſe iudico decreta plurima pontificum, quae conſuetudines contra *leges eccleſiaſticas* irritant, ne in poſterum locum habere debeant, vt docet *c.* 5. *X. de conſuet.* Multa enim, ſit

Quo ſenſu improbet ius canonicum conſuetudi-

Digitized by Google

De praeſcriptione contra leges,

§. VI. Grauioribus nodis inuoluta eſt quaeſtio: vtrum et quatenus etiam *praeſcriptio* contra leges, quae iubent vel prohibent actum, locum habere queat? et, ſi locum habeat, qualis praeſcriptio contra eas admittenda ſit? in quo argumento iam primario verſatur meditatio mea. Notum enim eſt, a pluribus duci argumentum ab efficacia *conſuetudinis* ad *praeſcriptionem*, adeo vt ſaepe pro iisdem habeantur, nec adeo differre credantur, quae ſi vera ſunt, non adeo de *efficacia praeſcriptionis contra leges* laborandum. Sed cum hoc ſuppoſitum aeque fallat ac erroneum ſit, licet ſaepe confundantur, omnis in hoc ero, vt plenius inquiram, vtrum praeſcriptio, et qualis, contra legem praeſidium aliquod ei, qui in illa ſe fundat, conciliet? In quo argumento vt rite verſer, neceſſe eſt, I) vt ante omnia praeſcriptionis naturam paucis expendam: II) diuerſitatem eius a conſuetudine oſtendam: III) diſtincte conſiderem, quae ſit efficacia praeſcriptionis contra leges, in fauorem priuatorum tantum prohibentes vel imperantes, et quid operetur contra leges, abſolute quid conſtituentes vel prohibentes: IV) vtrum, omni praeſcriptione remota et per legem ſublata, *immemoriale tempus* pro-

et argumento a conſuetudine ad illam.

Methodus dicendorum.

...nem contra leges.

pontifex in *c.* 18. *in f. de praebend. per patientiam tolerantur, quae ſi deducta fuerunt in iudicium, exigente iuſtitia, non debent tolerari.* Similis conſuetudo contra leges adducitur in *c.* 10. *X. de conſuet.* quam pontifex irritat, vt in poſterum valere non debeat. Obſeruandum enim eſt, pontificem ſibi etiam arbitrium in quascunque *conſuetudines* tribuere, vt aliter contra leges eccleſiaſticas non valeant, quam ſi autoritate eiusdem fuerint approbatae, quod vnice vis legum eccleſiaſticarum, quorſum etiam *conſuetudines* referendae, ab eius arbitrio et voluntate dependeat; quod tamen nec Germania nec Gallia agnoſcit, nec in rebus publicis ſecularibus legislatores deſiderant, vt proinde ſcita iuris canonici pro ratione decidendi non ſint temere accipienda.

Digitized by Google

proſit agenti, vel poſſidenti? quippe quod ad praeſcriptionis ſpecies minime referri debet. [s])

§. VII. Quod ergo ad *naturam praeſcriptionis* attinet, palam eſt, iure antiquo diſcrimen fuiſſe inter *vſucapionem* et *praeſcriptionem*, illamque in *iure XII. tabularum*, hanc vero in *iure praetorio* fundatam, [t]) vtrumque vero in eo con- *Differentia antiqua inter praeſcriptionem et vſucapionem.*

Vv 2

[s]) Vt obſeruat HARPRECHT *Vol. II. conſil. XXII. n.* 73.

[t]) Vſucapio erat I) modus acquirendi dominium: erat *annalis* in mobilibus, et *biennalis* in immobilibus, quod adhuc CICERO *in topicis* prodit; adeoque oſtendit, adhuc eo tempore, quo imperium Romanum dilatatum erat, ciuesque Romani latifundia per diuerſos terrarum tractus poſſidebant, illud tempus obſeruatum fuiſſe, quod etiam adhuc VLPIANVS *in fragm. inſtit. tit.* 19. §. 8. ſuo aeuo obſeruat. Autumat quidem IACOB. RAEVARDVS *in Tribon.* iam interpretatione prudentum *longi temporis poſſeſſionem* ad res immobiles tractam fuiſſe. SCHVLTING. vero in *iuriſpr. anteiuſt.* ad *cit. tit.* 19. VLPIANI credit, TRIBONIANVM iuris veteris textus correxiſſe, et in locis, vbi *vſucapio rerum immobilium* occurrebat, repoſuiſſe *longi temporis poſſeſſionem.* Aſt ſicuti prius pugnat cum ſententia VLPIANI, docentis, ſuo tempore adhuc tempus antiquum obtinuiſſe; ita poſterius facilius admitti poteſt, modo memineris, etiam fieri potuiſſe, vt, loco *praeſcribere*, collocauerit verbum *capere*, cum proprie *praeſcribere* de *longo tempore* praedicetur. *l.* 21. *in f. de vſucap.* Quocirca in *l.* 48. *pr. D. de acquir. rerum domin.* verba haec: *nec intereſt, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi poſſit nec ne?* a PAVLO hoc modo olim prolata fuiſſe videntur: *nec intereſt, ea res, quam bona fide emi, vſucapi poſſit nec ne?* ſubiecta enim exempla v. c. de re pupilli, de vi poſſeſſa, aut praeſidi contra legem repetundarum donata, aperte docent, vſucapionem prorſus ceſſaſſe. E contrario verba in *l.* 4. §. 21 *de vſucap. ſi tu me expuleris de fundi poſſeſſione, nec apprehenderis poſſeſſionem, ſed Titius in vacuam poſſeſſionem intrauerit, poteſt longo tempore capi res;* videntur ita ſcripta fuiſſe: *poteſt longo tempore praeſcribi res*, quia ob *defectum tituli* vſucapio ceſſabat, praeſcriptio autem etiam ſine titulo procedebat. *l.* 10. *ſi ſeru. vindic.* E contrario in *Vſucapio olim annalis et biennalis.*

l. 10.

Digitized by Google

conueniſſe, quod tum vſucapio, tum praeſcriptio *ius priuatum* tantum ſuſtulerit, v) ita, vt illa *dominium* poſſidenti tribu-

l. 10. *pr. de vſurp.* verba: *quod ſeruitutes per ſe nusquam vſucapi poſſunt*, olim ſcriptum fuiſſe videtur, quod etiam dicendum de *l.* 13. §. 2. *l.* 18. *D. de vſurpat.* II) Vſucapio tantum *ad res immobiles*, quae erant *mancipi*, pertinebat, in quibus *dominium quiritarium* acquirebatur, non ad ſeruitutes et res nec mancipi immobiles. *l.* 14. *de ſeruit. l.* 4. §. 27. *D. de vſurp.* III) In ea ſufficiebat vltimum diem attigiſſe, quod fauor b. f. poſſeſſori proficuus eſſet *l.* 7. *D. de vſurp.* IV) Illa currebat etiam contra impeditos, ſalua reſtitutione in integrum, §. 5. *Inſt. de action.* imo etiam contra minores, *l.* 2. §. 15. *pro emt.* exceptis tantum pupillis. *l.* 48. §. 1. *de acquir. rer. dom. l.* 10. *quemadmod. ſeru. amitt.* Diuerſa iura habuit *longi temporis praeſcriptio* quae inter praeſentes decennio, inter abſentes vicennio abſoluebatur, obſeruante PAVLO *lib. V. ſentent tit.* 2. §. 3. quae erat *auxilium praetoris*, qui *longae poſſeſſioni* hunc dedit effectum, vt, vbi deficiebat vſucapio, ad minimum tamen poſt X. vel XX. annos poſſeſſor tutus eſſet exceptione, et ita etiam quaſi caperet. *l.* 12. *de diuerſ. temp. praeſcript.* Vnde differebat ab vſucapione 1) *tempore*, quo intuitu vſucapio adhuc a PAPINIANO opponitur longae poſſeſſioni in *l.* 11. *D. de diu. temp. praeſcript.* 2) *obiecto*; vbi vſucapio locum non habebat, vt in rebus nec mancipi immobilibus et ſeruitutibus, longi temporis praerogatiua locum habebat *l.* 2. *C. in quibus cauſſ. ceſſat longi temp. praeſcript. l.* 5. §. 3. *de itin. actuque priuato. l.* 10. *ſi ſeru. vind* l. 12. §. 2. *de publ. in rem act.* 3) *curſu*, quod praeſcriptio, tanquam *negligentiae poena*, non curreret contra abſentes, vel aliter impeditos, *l.* 4. *C. quib. non obiic. longi temp. praeſcript.* nec vtplurimum contra minores. *l.* 3. *C. eod.* 4) *fine*, quod in praeſcriptione totus vltimus dies computandus eſſet. *l.* 6. *de oblig. et act. l.* 15. *pr. de diu. temp. praeſcr.* 5) *effectu*, quod praeſcriptio tantum tribueret *exceptionem*: vſucapio *dominium* quiritarium.

Obiectum vſucapionis restrictum; computatio, curſus, differentia a praeſcriptione.

v) Neque enim aduerſus *fiſcum* procedebat vſucapio: *l.* 18. *de vſurp.* procedebat vero, vbi *res fiſci* eſſe deſierat, *l.* 24. *in f. eod.* quia tunc priuati iuris fiebat. Quae ergo *publici iuris* erant, vſucapioni non ſubiacebant.

Vſucapio tantum ius priuatum tangebat.

Digitized by Google

tribuerit, veterique domino vero abſtulerit; haec vero *ius agendi* poſt feſtum ſeu tempus iure praetorio ademerit, atque *exceptionem* produxerit. Sic itaque omnis *praeſcriptio* olim magis extinctiua quam acquiſitiua cenſenda; cum vſucapio vtrumque effectum haberet, et ius priuatum, de quo libera diſponendi poteſtas tributa, tum poſſidenti acquireret, tum alteri adimeret. *Vix enim eſt, vt non videatur alienare, qui patitur, vſucapi*, vt ICtus PAVLVS ait. x)

§. VIII. Ipſa vero *praeſcriptio iuris praetorii* non ad omnes actiones pertinebat, ſed quibusdam tantum cauſis hunc terminum poſuerat, vt eo elapſo actor excluderetur, id quod etiam de quibusdam *temporalibus praeſcriptionibus* dicendum eſt. Perſonales actiones ex cauſa debiti adhuc perpetuae erant, nec vlli ſubiectae praeſcriptioni, donec tandem conſtitutionibus principum certum finem acciperent, vt *longiſſimo tempore* praeſcriberentur, nec viuendi amplius haberent facultatem. y) Tandem IVSTINIANVS iura *praeſcriptionum* et *vſucapionum* inter ſe commiſcuit, et omnem praerogatiuam principiis in praeſcriptione receptis dedit. z) Quid? quod et praeſcriptiones

Praeſcriptio poſtea latius extenſa;

cum vſucapione confuſa.

x) In *l.* 28. *pr. D. de V.S.* Quia enim dominium a veteri domino in poſſeſſorem b. f. transfertur, inde res *alienata* videtur.

y) Vt dicitur in *l.* 3. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *annorum*; quorſum etiam collineat Imperator in §. *vn. de perpet. et temp. act.*

z) Id indigitaſſe videtur IVSTINIANVS in *l. vn. C. de transform. vſucap. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei ſubdita eſt: minuitur autem vſucapionum compendioſa dominis iactura, et eius iura nocentia.* Per *iura nocentia* vix aliud, quam iura vſucapioni propria, intelligi poterant quae in multis *dura*, et ſic *nocitura* videbantur, vtpote quae contra impeditos etiam currerent, et breui tempore concluſa eſſent.

Digitized by Google

nes longiſſimi temporis ſuo modo ad iura haec accommodaverit. [a])

Immemoriale tempus non facit praeſcriptionem.

§. IX. Vnde facile liquet, quando de *praeſcriptione contra leges* quaeritur, de ſpeciebus adductis hoc accipiendum eſſe. Neque enim in eorum cenſum retuli *immemorialis temporis praeſidium*, quod *praeſcriptionum* claſſi quidem vulgo annumerant, [b]) ſed reuera diuerſum ab *omni praeſcriptione* ſcopum tenet, et tantum per abuſum *praeſcriptionis* titulo mactatur. Vnde qui aſſerunt: *omni praeſcriptione ſublata, non eſſe ſublatam praeſcriptionem temporis immemorialis,* [c]) contradictionis rei non ſunt, quod *immemorialis temporis ius* plane non ſit praeſcriptio, adeoque per legem non poſſit de ea diſpoſitum dici.

Vis temporis immemorialis.

§. X. Videlicet vetuſtati eius temporis, cuius initii memoria deficit, hic effectus tribuitur, vt vicem *tituli* gerat opti-

[a]) *l. 8. C. de praeſcript. 30. vel 40. ann.* Inde vero praeſcriptiones longiſſim temporis ad 30. vel 40. annos extendebantur: quandoque ad 50. annos. *l. f. C. de aleat.* Denique nonnunquam ad 100. annos. *l. 25. §. 2. C. de SS. eccleſ. nou. 9.*

niſi per abuſum.

[b]) Et quidem ex ſententia pontificis in *c. 1. de praeſcript. in 6.* vbi dicitur: *niſi tanti temporis allegetur* PRAESCRIPTIO, *cuius contrarii memoria non exiſtat.* Facile vero liquet, pontificem *abuſiue* loqui, quod ius, quod ab immemoriali tempore promanat, etiam vocet *conſuetudinem* in *c. 26. X. de V. S.* ibi: *vel ex antiqua conſuetudine a tempore, cuius non extat memoria,* quae locutio deducta videtur ex *l. 1. in f. de aqu. et aqu. pluu. arcend.* Id euidens eſt, *praeſcriptiones* de iure Romano tantum praedicari de *definito* et *certo tempore,* quale non habet *vetuſtas* tanti temporis, cuius initii memoria ignoratur, cuius fit mentio in *l. 1. in f. l. 2. pr. §. 5. 7. l. 23. in f. l. f. D. de aq. et vq. pluu. arc. l. 3. §. 4. de aq. quotid.*

[c]) Hac regula paſſim vtuntur interpretes, qui de iuribus *immemorialis temporis* ſolliciti ſunt, vt oſtendit HARPRECHT *conſ.* 34. *n.* 176. cum ALOYSIO RICCIO *collect.* 778. aliique.

Digitized by Google

optimi, atque inde demonſtretur, olim *titulo valido*, et iure optimo, quod poſſidetur, acquiſitum fuiſſe, quamvis titulus doceri nequeat. [d]) Cum enim origo acquiſitionis [e]) ob tam inſignem vetuſtatem incognita ſit: merito

[d]) Hunc conceptum vetuſtati tali, cuius initii memoria deeſt, dedit DN. PRAES. *tom. I. iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 39. aitque: *ipſa naturalis ratio dictitat, vetuſtatem, cuius originis memoria non extat, validiſſimam inducere probationem, eum, qui ius quoddam poſſidet, optimo titulo et iure munitum, non vero ſolo lapſu temporis demum acquiſiuiſſe. Qui vetuſtatem allegat, non nouum ius ſe hac ipſa comparaſſe ait, ſed iam olim maiores ſuos id ipſum legitime acquiſiuiſſe contendit.* Recte CICERO *de amicit. maxima eſt vis vetuſtatis et conſuetudinis*, quae vis potiſſimum ſeſe exſerit in propugnandis iuribus, quae hoc vetuſtatis praeſidio ſunt munita. Laudat quoque hunc conceptum de *vetuſtate* praedicta Dn. de WERNHER *P. IV. ſelect. obſ. for obſ.* 5. aitque: *praeſcriptio immemorialis nec acquirendi nec amittendi iuris, ſed tantum iuſti tituli probandi modus eſt.* Et rurſus: *immemorialis praeſcriptio proprie praeſcriptio haud eſt, nec acquirendi, ſed titulum legitimumque poſſeſſionis initium praeſumtiue probandi modus eſt, quem utique Pontifex in cit. textu (c. 26. X. de V. S.) confirmat*, Nec ab hoc conceptu adeo diſcrepat IAC. RAEVARDVS *in Tribon. circa fin.* vbi explicat ICtorum Romanorum, in ſeruitute acquirenda immemoriale tempus requirentium, ſententiam, et ait: *voluit enim* (ICtus) *vetuſtati locum eſſe, ſiue poterat, ſiue non poterat probari ius, vt, intelligo, auctoritatis, h. e. ſiue certum, ſiue incertum vetuſtatis tempus erat: vt ſi quidem certum erat, ius probaretur: ſin incertum, vtique quamuis probari non poſſet, nihilominus tamen propter vetuſtatem, quae originis memoriam aboleuerat, recte aquae ductum poſſeſſione acquiſitum eſſe, quamuis alioquin nulla quaſi poſſeſſione longa ſine titulo ſeruitutes acquiri poterant.* In eo tantum diſcrepat a noſtra ſententia RAEVARDVS, quod *immemoriali poſſeſſione* ACQVISITVM aquae ductum eſſe cenſeat, cum potius dicendum fuiſſet, vetuſtatem talem eſſe loco *tituli*, et inde naſci praeſumtionem grauiſſimam, olim legitimo titulo, quamvis ob vetuſtatem ignoretur, ſeruitutem fuiſſe acquiſitam.

Illuſtratur doctrina de tempore immemoriali.

[e]) Memoria rei, prout olim antiquiſſimis temporibus fuit, non impe-

In quo deficit

Digitized by Google

rito credendum, et *praeſumtione iuris et de iure* [f]) ſtatuendum eſt, olim id, quod poſſidetur, legitime acquiſitum fuiſſe.

memoria acquiſitionis ob vetuſtatem. impedit, quo minus in praeſenti *memoria acquiſitionis* in hoc ſubiecto, quod ius hoc vel illud poſſidet, deficere queat. Nam de *initio acquiſitionis* vnice quaeritur, ſeu quo iure et titulo *maiores praeſentis poſſeſſoris* illud acquiſiuerint? et cum de eo non conſtet, ex vetuſtate hac immemoriali inferendum, ius hoc olim legitimo titulo acquiſitum fuiſſe. Si ius braxandi immemoriali tempore cohaeſit praedio nobili, credendum eſt, illud priuilegio principis acquiſitum fuiſſe, vtut de eo non conſtet, imo licet memoria non deſit, ante aliquot ſecula illud praedio non cohaeſiſſe. Iudicandum enim de hac quaeſtione ex poſſeſſione praeſenti vetuſtiſſima, cuius acquiſitionis initium et modus ignoratur.

E. praeſumitur titulus abſolute. [f]) In eandem ſententiam iuit ZIEGLERVS *de iure maieſt. lib.* I. c. 5. §. 91. et ait: *Ratio eſt, quia ex tanto tempore praeſumitur legitimus titulus, vt propterea edere eum, talis poſſeſſor non teneatur. Quod enim immemoriali tempore poſſeſſum eſt, praeſumitur ab autoribus eius iuſte et legitime et recte poſſeſſum, et praeſumtio dicitur eſſe* IVRIS ET DE IVRE, *adeo vt non recipiat probationem in contrarium.* Idem docuit Dn. PRAES. *tom. I. iur. eccleſ. tit. de praeſumt* §. 9. Hoc tamen Dn. de WERNHER *cit. l. n.* 28. non adeo probat quod huius generis praeſumtio non ſit temere ſtatuenda, niſi vbi vel rei natura vel expreſſa legis diſpoſitio eandem inducit. *Nec vero*, ait, *ratio ſolida reddi poteſt, cur contrariae probationi locus ſit denegandus. Quia enim, ſi alter poſſit oſtendere per documenta alioque euidenti modo, vitioſam fuiſſe poſſeſſionis initium, nullo illam titulo ſuffultam, ſed de facto apprehenſam, et ſic omni tempore vitio laboraſſe.* Sed, vt ipſemet fatetur, idem etiam docuit Dn. PRAES. *ad tit. de praeſcript.* §. 40. *in f.* probationem in contrarium admitti poſſe; qua peracta, *praeſumtio adducta* deficit et ipſa *immemorialis vetuſtas* ceſſat. Aſt nulla probatione in contrarium adducta, ita vt omne initium acquiſitionis prorſus ignoretur, tunc ſimpliciter illa eſt loco *tituli*, qui ex vetuſtate tanti temporis, cuius initii memoria deeſt, per praeſumtionem adductam deſumitur. Quamdiu adhuc supereſt probatio, tamdiu non conſtat, vtrum adſit *immemoriale tempus*

fuiſſe. In eo ergo a *praeſcriptione* differt, quod hac quidem *nouum ius* acquiratur; immemoriale tempus autem qui allegat, ſe hoc ipſo *nouum ius* per poſſeſſionem immemorialis temporis acquiſiuiſſe, non afferat, ſed maiores ſuos illud *optimo titulo* acquiſiuiſſe contendat. g) Liberat tanti temporis vetuſtas poſſeſſorem ab *onere probandi* titulum ſpecialem, cuius memoria ob varios caſus interuenientes deficere facile poteſt, adeoque aequum fuit viſum, vt allegatio eius loco optimae probationis eſſet, olim ius legitime conſtitutum et acquiſitum fuiſſe.

Quod differt a praeſcriptione.

§. XI. Conuenit cum tali *vetuſtate*, quae loco *tituli* habetur, quodammodo conſuetudo, quae itidem tempus diuturnum et indefinitum, *cuius initii memoria deficit*, habet. h) A *vera*

Conſuetudo ab hac vetuſtate et praeſcriptione in multis diſcrepat.

pur, adeoque illa prius audienda. Hac ſi nihil efficitur, tunc demum liquet, tempus illud, de quo hic agitur, adeſſe, vt vtraque ſententia facile in concordiam reduci queat.

g) Hunc conceptum etiam approbat *ord. polit. Magdeb. c. LII.* §. 3. *So viel nun die* praeſcriptionem immemorialem (vt vulgo vocatur) *anlanget, weil derſelben von vielen berühmten Rechts-Lehrern die Krafft eines Tituls und erlangten Freyheit beygeleget wird, ſoll es auch dabey gelaſſen und der Beſitzer, welcher ſich darinnen gründet, und ſie beweiſet, dabey geſchützet werden. &c.*

et loco optimi tituli eſt.

h) Id docent 1) formulae, quae paſſim de *conſuetudine* in legibus occurrunt. In *c. 1. de conſuet. in 6.* BONIFACIVS VIII. adfert conſuetudinem quandam, *tanto tempore obſeruatam*, quod in *contrarium memoria non exiſtat.* Similis formula occurrit in *A. R. c. VIII.* de euocatione ſubditorum extra regnum Bohemiae non permittenda, et aſſeritur, quod *in regno eodem a tempore, cuius contrarii hodie non exiſtit memoria, conſuetudine laudabili inconuulſe ſeruata, diuturnitate temporum, et praeſcripta moribus vtentium ſine contradictione, aut interruptionis obſtaculo* hoc ius introductum fuerit. Eadem formula in *c. XXVIII.* §. 5. et frequentiſſime in diplomatibus traditur; quid? quod

Conſuetudini ſaepe idem tribuitur, quod tempori immemoriali.

A *vera praeſcriptione* facile diſtinguitur, quae *tempus definitum* et *certum* deſiderat, quo poſſidenti ius certum acquiritur, vel non vtenti adimit, ſi praeſcriptio *extinctiua*. Verum etiam a *vetuſtate immemoriali*, quae eſt loco *tituli*, adhuc diſtinguenda conſuetudo: 1) quod haec ius publicum, [i]) vicem legis habens, conſtituat; illa ius ſingulorum priuatum probet: 2) quod haec *normam generalem* agendi ciuitati vel alii vniuerſitati praeſcribat, iuxta quam inter ſe, [k]) qui de eadem ſunt vniuerſitate, agant; illa vero ius ſingu-

quod adeo cum *praeſcriptione* conuenire videatur *conſuetudo*, vt pontifices huic non aliter vim tribuere voluerint, quam ſi legitime *praeſcripta* fuerit, vt conſtat ex *c. f. X. de conſuet. c. 50. X. de elect. c. 3. de conſuet. in 6.* id quod ſine dubio de tali vetuſtate intellexerunt, cuius initii memoria deficit; quamuis *ius Saxonicum* huc traxerit *praeſcriptionem XXXI. annorum et ſex hebdomadum*, forſan ex erroneo conceptu de *conſuetudine legitime praeſcripta*. Idem 2) confirmant monumenta veteris aeui, in quibus etiam *praeſcriptioni* praedicatum *conſuetudinis* tribuitur, vt in *c. 8. c. 16. q. 3. et in l. 1. in f. de aq. et aq. pluu. arc.* ibi *longa conſuetudine.*

Conſuetudo ius publicum conſtituit. [i]) Quatenus *legem generalem* in certo loco conſtituit, quae intuitu *iuris*, *ſingulis* ſpeciatim competentis, *ius publicum* vocatur, quaſi ius, quod *publicam autoritatem* habet, et in communi omnibus prodeſt: hoc ſenſu ius *publicum* in *l. 38. D. de pact. l. 20. D. de relig. l. 1. §. 9. de magiſtr. conuen. l. 15. § 1. ad L. Falcid. l. 45. §. 1. de R. I.* quaſcunque *leges* deſignat, ſecundum quas omnes in ciuitate quadam degentes actiones ſuas componere debent. Parem vim habet *conſuetudo*, quae *legem* conſtituit communem in certo loco, cum *praeſcriptio*, imo etiam *vetuſtas immemorialis* tantum *priuato* ius quoddam ſingulare conciliet, et ſic *ius ſingulorum priuatum* formet.

Conſuetudo tantum obtinet in vniuerſitate. [k]) Conſuetudo inde naſcitur, quod in vniuerſitate quadam vniti homines hoc vel illo modo *inter ſe* agant, et vniformiter agendo ſe videantur obſtringere ad id in poſterum ſequendum, quod antea fieri conſuetum eſt. Ita *a*) in *conſuetudine* voluntas tacita eorum, qui ſunt in

Digitized by Google

ſingulare inter certas tantum perſonas reſpiciat, illudque legitime acquiſitum doceat: 3) quod haec per tempus diuturnum ex moribus [1]) agentium introducatur; illa vero

Xx 2 ius

in eadem *ciuitate* vel *corpore*, a legibus ipſis aſſumitur, rebus ipſis et factis declarata, *l.* 32. *in f. D. de LL.* Ita β) porro *conſuetudo* facit *ius commune* inter eos, qui ſunt membra alicuius vniuerſitatis, ciuitatis, reipublicae, nec extra *aſſociationem ciuilem* concipi facile poteſt. Quod de *conſuetudine gentium* inter ſe vulgo aſſerunt eruditi, ſimile magis quid habet cum *conſuetudine*, et proprie ex *obſeruantia* vel *vſu* colligitur, quae non adeo diuturnum tempus deſiderat, ſed docet, id inter gentes, quae inter ſe agunt, *conſenſu tacito* placuiſſe, quod in ſimilibus caſibus antehac obſeruarunt, vt vel pauciores actus, *recentiſſimi* maxime, ſufficiant. Nihil enim conuenientius eſt, quam id ſequi, quod antehac obſeruatum eſt. *Praeſcriptionis* diuerſa conditio eſt, quae non conſtituit *ius commune*, ſed eſt modus acquirendi a certa perſona ius aliquod *particulare*, aut illud per non vſum amittendi, vel ſi praedicatur, vt vulgo fit, de *vetuſtate immemoriali*, eſt modus, ius olim legitime acquiſitum eſſe, probandi.

[1]) *Mores* ſunt actus vniformiter per diuturnum tempus in aliqua vniuerſitate geſti, qui *materiam*, vnde conſuetudo naſcitur, conſtituunt, quo in ſenſu conſuetudo *de moribus tracta* dicitur in *c.* 4. *D.* 1. *Conſuetudo ex moribus naſcitur.*
et *communem normam* tanquam *regulam agendi* conſtituit. In *vetuſtate immemoriali*, quam vulgo *praeſcriptionem* vocant, non id agitur, vt *norma agendi* generalis introducatur, ſed doceatur, ius olim legitimo titulo a poſſidente impetratum fuiſſe. Sicuti ergo *leges* a iure ipſo, quod ſinguli ſibi arrogant, et infinitis modis variat, (dantur enim infinitae facultates) differunt; ita etiam conſuetudo a *praeſcriptione*, ſiue proprie ſiue vulgariter ita dicta, quae vicem tituli vel priuilegii conſtituit. Conf. FIRHINGIVS *ad ius can. tit. de conſuet.* §. 5. *n.* 33. WIESTNER *in inſt. iur. can. tom.* 1. *eod. tit. art.* 1. *n.* 5. L. B. de LYNCKER *in anal. ad erot. iur. can. Deſſelii tit. de conſuet. ad rubr.* Perobſcure differentias ſiſtit ODDO SCHARZIVS *in norma legali ad decret. tit. de conſuet. n.* 6. aſſerens: *a praeſcriptione differre conſuetudinem, quod illa ius proprietatis, haec ius legale operetur; illa etiam inter priuatos lo-* *Scharzii ſententia.*

cum

ius olim legitime et optimo titulo alicui indultum eſſe doceat: 4) haec extra vniuerſitatem, quam in vniuerſum regit, concipi nequeat; illa vero quoscunque citra reſpectum

cum habeat, conſuetudo nonniſi a communitate introduci valeat. Nequidem deſignat eam *praeſcriptionis* ſpeciem, de qua hic potiſſimum quaeritur. Nam praeſcriptiones proprie dictae habent tempus *finitum*, et facile a conſuetudine diſtinguuntur. De ſola *immemoriali vetuſtate*, vim *tituli* habente, potiſſimum quaeritur, quam vulgo *praeſcriptionem* etiam dicunt. Deinde luce aliena indiget vir bonus, qui lumine proprio caret. Quis enim vnquam *ius ſingulorum proprium* et priuatum dixerit *ius proprietatis?* quis illud, quod vim *legis* et *iuris communis* in loco habet, *ius legale?* Deinde praeſcriptioni inter *priuatos* aſſignat locum, per quos *ſingulos*, vel qui pro talibus habentur, ſine dubio intelligere voluit, quos *priuatorum* nomine non adeo clare deſignat, quod admodum ambiguum eſt, vt BRISSONIVS *de V. S. voc. priuatus* docet. Denique quis negauerit, etiam *praeſcriptionem* a *communitate* introduci poſſe, aeque ac *conſuetudinem?* Ponamus, monaſterium, quod *communitatem* conſtituit in praediis ruſticorum exercuiſſe ius decimandi ab immemoriali tempore: titulum allegare non poſſe, et a parocho in ius vocari; monaſterium ſe ſine dubio tuebitur *praeſcriptione immemoriali*, non *conſuetudine.* Videlicet aſſerere debuit, conſuetudinem *inter eos*, qui ſunt in aliqua vniuerſitate, introduci, et *inter illos* vim ſuam exſerere; aſt *vetuſtatem immemorialem* etiam a ſingulis, imo et corporibus, quatenus *vnam perſonam* repraeſentant, contra ſingulos et qui ſunt extra vniuerſitatem, allegari poſſe: ſaepe tamen haec duo confunduntur, vt SCIPIO GENTILIS *de regal. th.* 22 cum aliis iam conqueſtus eſt. Capitulo ſecundum ius commune competit electio praelati: quandoque etiam alii extra capitulum *pro more*, vt dicitur in *pace Oſnabr. art. V. §.* 17. admittendi ſunt. Sed quo iure? ſi adeſt ſpeciale priuilegium vel pactum, res certa eſt: ſi in ſola *vetuſtate temporis immemorialis*, hi, qui extra collegium admitti deſiderant, et *vocem actiuam* ſibi arrogant, ſe fundant, minus recte *conſuetudinem* allegant, quod tamen vtplurimum fieri ſolet. *c.* 8. *X. de conſuet. c.* 50. *X. de elect.*

Digitized by Google

ſtum ad corpus vel vniuerſitatem concernat, eorumque iura legitimet: 5) vnde ſi vniuerſitas contra eum, qui extra vniuerſitatem eſt conſtitutus, ius aliquod per *immemoriale tempus* praetendit, non tam in *conſuetudine*, quae eſt inter ſolos eos, qui ſunt de illa vniuerſitate, quam in vetuſtate, quae eſt vice *tituli*, ſe fundat. [m]) 6) Haec lege contraria, ſicuti alia *lex publica*, immutari et tolli poteſt, atque ſubeſt legiſlatoris ſupremi arbitrio; illa vero ius perfectum perſonae attribuit, inſtar *priuilegii* et iuſti *tituli* eſt, quod non aeque poſſidenti adimi et reuocari poteſt, ob ius perfecte quaeſitum: [n]) 7) haec denique toti vniuerſitati quidem ius generale praeſcribit, non tamen ſingulis ſeparatim, niſi quatenus ſinguli iura, vniuerſitati debita, etiam peragere poſſunt; illa vero *ius* etiam *ſingulare* [o]) aeque vt priuilegium, certae perſonae tam ſimplici quam compoſitae contra alios indulget, quo erga quoſcunque legitime vti queat. Quocirca etiam 8) illa *poſſeſſorium* contra contradicentes producit; non aeque conſuetudo contra legiſlato-

 rem,

[m]) Saepe pagi, ſeruitutem iuris paſcendi *in alieno ſolo* ſibi aſſerentes, prouocant ad *tempus immemoriale*, quod ipſis eſt loco *tituli*, quo olim ius hoc acquiſiuiſſe creduntur; ſed etiam vice verſa nobiles, ius braxandi contra ciuitates propugnantes vtuntur ea defenſione, quae in *vetuſtate immemoriali* fundata eſt, quod illis pariter loco *tituli* cedit. Neutro caſu vero ad *conſuetudinis praeſidium* recurrunt, qui de his iuribus litigant.

Etiam vniverſitates immemorialis temporis praeſidio vtuntur.

[n]) Tale vero ius perfecte quaeſitum ne quidem a principe adimi poteſt. *l. 4. C. de emanc. liber.*

[o]) Ius *ſingulare* voco, quod a *iure* tanquam *communi regula* recedit, quod vtplurimum tuentur, qui poſſeſſione immemoriali muniti ſunt, vtpote qui immunitatem a collectis, ſingulis ſubditis imperatis; qui ius braxandi contra legem prouincialem propugnant.

Digitized by Google

rem, illam improbantem, et legem, quam forſan deſtruxit, reducentem. oo)

§. XII.

Gothofredi ſententia de differentiis inter conſuetudinem et praeſcriptionem.

oo) Plures differentias inter *conſuetudinem* et praeſcriptionem etiam affert DIONYSIVS GOTHOFREDVS *in not. ad rubr. de uſucap. lit. m.* et ait: *conſuetudo conſenſu populi, praeſcriptio ſine conſenſu adverſarii perficitur*, quod eatenus admitto, quatenus in conſuetudine *tacitum pactum* eorum, qui ſunt vniuerſitatis membra, latitat. Pergit: *ex conſuetudine ius publicum oritur*, quatenus normam agendi communem inducit; *ex praeſcriptione ius priuatis perſonis. In conſuetudine contra ius non requiritur titulus; in praeſcriptione requiritur*, quo ipſo ad *s. 1. de praeſcript. in 6.* collineat. *Mala fide*, pergit, *poteſt induci conſuetudo, at non praeſcriptio.* Enimuero vix concipi poteſt, quomodo mala fide inducatur conſuetudo, etiamſi forſan conſuetudinem *contra legem* praeſupponere velit, cum etiam haec communi errore et perſuaſione induci queat, legem ſcriptam vim ſuam amiſiſſe, nec vnquam receptam eſſe. Addit: *in praeſcriptione probanda eſt ſcientia et patientia aduerſarii*, quod ad *iurium praeſcriptionem pertinet: in conſuetudine id non requiritur. Conſuetudo extendenda vt fauorabilis, praeſcriptio reſtringenda veluti odioſa.* Sed etiam conſuetudo, quae eſt *contra legem*, pariter ſtricte accipienda; quae vero eſt *praeter legem*, illa demum extenſiuam admittit interpretationem. Pergit vlterius: *conſuetudo ad mores et vſum, praeſcriptio rerum eſt, et ad res pertinet.* Nihil vero obſtat, quo minus etiam conſuetudo ad *res* pertinere queat, quales infinitae dantur. Denique adiungit: *praeſcriptio comparata eſt ad tollendum dominium; conſuetudo ad id de nouo inducendum.* Aſt praeſcriptio non tam ad tollendum introducta, quam ad acquirendum dominium ab eo, qui bona fide et iuſto titulo rem diuturno tempore poſſedit, quo ipſo per conſequentiam domino antiquo interuertitur. Datur tamen praeterea *praeſcriptio extinctiua*, qua per non vſum quis ius ſuum in re alterius amittit, alter vero *libertatem* per conſequentiam acquirit. Ideoque tam *praeſcriptione*, quam *conſuetudine* poteſt de nouo dominium induci, ſi forſan conſuetudine nouus acquirendi modus introductus fuerit, hoc tamen cum diſcrimine, quod *praeſcriptione* in particulari dominium ſimileue ius acqui-

Digitized by Google

Praeſcriptio effectus habet contra leges, in fauorem priuatorum quid prohibentes.

§. XII. His praemiſſis, propius ad argumentum praeſentis meditationis accedo, et conſtituo, in his cauſis, quas leges ſub poena *nullitatis* in fauorem *ſingulorum* duntaxat prohibuerunt, et in quibus tantum priuata vel collegiorum etiam vtilitas primario verſatur, P) praeſcriptioni propriè ſic

acquiratur: conſuetudine nouus acquirendi dominium modus in genere et communi inducatur, quo omnes fruuntur, qui in tali vniverſitate degunt, vtpote ſi conſuetudine inualuiſſet, vt poſt *reſignationem iudicialem* tantum intra annum conceſſa ſit rei vindicatio, vel penitus denegetur.

Praeſcriptionum finis.

P) Talia iura *priuatorum* tantum *praeſcriptioni* ſunt ſubiecta, quae facilius haec iura immutare, et certum litibus priuatis finem praeſcribere potuit. Etiam quatenus iura *praeſcriptionis* cum *vſucapione* confuſa ſunt, generatim aſſerere poſſum iuxta *l. 1. D. de vſurpat.* bono publico *vſucapiones*, et, quae cum his confuſae, *praeſcriptiones* introductae ſunt, ne dominia et iura priuata in incerto eſſent. Speciatim vero ex natura *praeſcriptionum* addendum, has introductas praeterea in *poenam negligentiae* ius ſuum in iudicio non perſequentis, quem in finem certi termini plerisque actionibus ſunt praeſcripti, intra quos agi debeat, quibus elapſis, actio extincta eſt, ac ſi reus actori ſatisfeciſſet. *l. 46. in f. de admin. et peric. tutor.* Quocirca olim *praeſcriptio* haud poterat nocere non negligentibus, *l. 16. C de inoff. teſtam.* quod etiam ius canonicum repetiit. *c. 13. ſq. C. 16. q. 3. c. 10. 24. 15. X. de praeſcript.* quod non valenti agere non currat praeſcriptio. *l. f. §. 2. C. de annal. except.* Vnde colligo, licet *generatim* boni publici cauſa, vt litium finis eſſet, introducta ſit praeſcriptio: *primario* tamen et *ſpeciatim* priuatorum intuitu eſt introducta, tum vt certi temporis praeſidio tuti eſſent poſſeſſores, vel hi, contra quos non eſt mota actio: tum etiam vt hi, quibus copia agendi fuit; et intra tempus praefinitum non egerunt, in poſterum non audirentur, vtpote quorum de *iure priuato* tollendo agitur. Vnde ſequitur, vt iura praeſcriptionum potiſſimum et primario propter iura *priuata* vel talia, quae ſunt in *commercio*, et de quibus vel *ſimpliciter* vel *ſecundum quid* diſponi poteſt, introducta fuerint, licet leges circa haec iura *praecipiendo* vel

Propter iura priuata hae introductae, licet iubeant vel praecipiant.

Digitized by Google

ſic dictae vel longi vel longiſſimi temporis, pro diuerſitate circumſtantiarum, locum eſſe, q) quippe qua *ius priuatum* tolli-

vel *prohibendo* diſponant, id quod fit primario in eorum gratiam, intuitu quorum quid iubent aut prohibent, et hoc intuitu praeſcriptiones contra leges *iubentes* vel *prohibentes* eſſe videantur.

Quod illuſtratur,

q) Licet leges *iubeant*, ſuum cuique reſtituendum, debita ſoluenda, damna data reſarcienda eſſe, expeditum tamen eſt, actiones, quae eo nomine competunt, intra tempora praefinita mouendas eſſe, quo non facto, reus abſoluitur, et actor ab agendo repellitur. Neque enim res vindicari poſt *longi temporis praeſcriptionem*, ſi qualificatam pro ſe habet reus poſſeſſionem, nec hereditates poſt 30. annorum ſpatium peti, *l. 7. C. de hered. petit.* nec actiones perſonales ex conuentione vel contractu poſt lapſum longiſſimi temporis ſpatium moueri poſſunt. *l. 3. C. de praeſcr. 30. ann.* Denique etiam actiones ad *damna reſarcienda* et ad *poenam ciuilem*, vel *praetoriam* perſequendam habent ſua fatalia, intra quae moueri debent, alioquin actor excluditur, quae ſpeciatim hic latius perſequi non vacat. Pariter etiam praeſcriptio contra *leges prohibitiuas*, quae priuatorum commodum primario reſpiciunt, vim ſuam exſerit, vt hae, lapſo tempore, amplius allegari nequeant. Etenim *ludi fortunae* et *artis* prohibiti ſunt, cum facile poſſint abire in lacrymas, *l. f. C. de aleat.* adeo, vt, quod luſu perditum eſt, nunquam peti, quod vero ſolutum, ſemper repeti poſſit, niſi tempus L. annorum abierit, quo lapſo demum facultas repetendi praecluditur, *cit. l. f.* Res eccleſiaſticae ſine iuſta cauſa, interueniente cognitione, et decreto capitulari, alienari *prohibentur*, vt alienatio, a praelato vel quolibet alio clerico facta, ſit nulla, vt plenius declaratur *tit. X. de reb. eccleſ. alien. vel non.* nihilominus tamen poſt lapſum XL. annorum, ceteris paribus, repellitur pium corpus repetendo, quod illicite alienatum eſt, tam de iure ciuili, per *auth. quas actiones. C. de SS. eccleſ.* quam de iure canonico per *c. 4. 6. 8. 9. 15. X. de reb. eccl. al.* Sunt enim et fuerunt a primordio *eccleſiae* vniuerſitates, quarum res aeque vt *ciuitatum* ſubſunt praeſcriptioni, et intuitu *reipublicae* magis *priuatae* quam *publicae* cenſendae, quod ius canonicum in hac praeſcriptione agnouit. Pariter res mino-

additis exemplis legum prohibitiuarum.

Digitized by Google

tollitur, et facultas agendi praecluditur, niſi (1) in actu prohibito et nullo, ſi continuandus eſſet, delictum perpetuum

minorum et pupillorum immobiles alienari prohibentur ſine cauſae cognitione, iuſta cauſa, et magiſtratus decreto; alioquin alienatio eſt nulla, nec dominium transfertur, *l. 1. C. ſi quis ign. rem min. eſſe ſine decret. compar.* modo intra *quinquennium* poſt adeptam maiorennitatem egerit: *l. f. C. ſi mai. fact.* quo lapſo, id quod perperam actum, ſtabilitur. *l. 2. C. eod.* Imo donationes adeo minoribus interdictae ſunt, vt demum res donatae poſt decem vel viginti annos repeti nequeant. *cit. l. f.* Neque diſtinguitur, vtrum alienatio a tutore facta, an vero a minore ipſo ſine curatore, cum vtrumque caſum *cit. l. f.* complectatur, quamuis in poſtremo caſu quidam XXX. annorum tempus deſiderent, qua in ſententia etiam verſatur B. de BERGER *in oeconom. iur. lib. I. tit.* 4. §. 11. Equid magis vaſallis prohibent leges feudorum quam alienationes, adeo vt *dominis integrum ſit, omnes alienationes feudi factas, nulla obſtante praeſcriptione, reuocare, vt* 2. *f.* 40. ex conſtitutione CONRADI traditur. Seuerior adhuc eſt prohibitio FRIDERICI II. *f.* 55. tradita, vt omnis alienatio, quomodocunque facta, in irritum deduci debeat, *nullius temporis praeſcriptione impediente*, et ſcriba, hoc inſtrumentum alienationis ſcienter ſcribens, cum amiſſione officii, et *famae*, et *manus* iacturam faciat. De *bonae fidei poſſeſſore* hic potiſſimum quaeritur, cuius etiam mentionem iniicit FRIDERICVS, eique concedit *euictionis* nomine contra venditorem actionem ex emto. Plerique tamen cum CVIACIO *in not.* ad cit. II. *f.* 55. hoc reſtringunt ad praeſcriptionem *ordinariam* ſeu *longi temporis*, quo alioquin ſe quilibet bonae fidei poſſeſſor titulatus tueri poteſt, non vero in re feudali alienata, contra quam tamen praeſcriptionem *longiſſimi* admittunt *temporis*, quia etiam hac *praeſcriptione* ex re feudali poteſt fieri allodium, vt tradunt SCHRADER *de feud. P. V. c.* 4. *n.* 9. et ZOLLIVS *de feudi per vaſallum alienati praeſcript. contra domin. directum.* ERNESTVS THEOPHILVS MAYER *in ſyntagm. iur. feud. c.* 1. §. 37. Rerum dotalium immobilium alienatio marito interdicta eſt, quae tamen ſoluto matrimonio, praeſcriptione interueniente, conualeſcit, ſi intra illam nulla facta eſt repetitio.

Praeſcriptio aſſeritur in caſu alienati feudi.

Digitized by Google

tuum foret, quod nullius temporis praeſidio continuari et legitimari poteſt: r) vel (2) praeſcriptioni renunciatum fuerit. Talem enim renunciationem de iure validam eſſe, ſi debito modo facta fuerit, nihil eſt, quod impedire queat. s) Addo

In matrimonio illegitime contracto nulla praeſcriptio attenditur.

r) Matrimonium in *gradu prohibito* contractum non legitimatur tractu temporis, nec confirmatur, etiamſi ad XL. annos ſubſtiterit, et per errorem contractum ſit, *l.* 57. §. 1. *de R. N.* ſed comperto errore mox dirimendum. *l.* 4. *C. de inceſt. nupt.* Idem agnouit ius canonicum, cenſuitque, *diuturnitatem temporis non minuere delictum, ſed augere,* c. 5. *in f. de eo qui dux. in matrim.* Expreſſius idem confirmat in c. 8. *X. de conſanguin et affin.* aiens: *ſi quis contra prohibitionem* in quarto gradu *praeſumſerit copulari, nulla longinquitate defendatur annorum, cum diuturnitas temporis peccatum non minuit, ſed auget, tantoque ſunt grauiora crimina, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam.* Crimen continuatum longinquitate temporis non aboletur. Aliud vero eſt, annon ſoluto matrimonio quaeſtio de inceſtu per praeſcriptionem *quinquennii* tolli queat? quod affirmandum. *l.* 39. §. 5. *ad l. Iul. de adult.* non obſtante *l.* 4. *D. de quaeſt. ex pr. I. de ſervil. cogn.* explicanda. Sic etiam crimen *ſuppoſiti partus* ſubiectum eſt praeſcriptioni XX. annorum ratione accuſationis, *l.* 12. *C. ad l. Cornel. de falſ.* excluſa *praeſcriptione temporali. l.* 19. §. 1. *eod.* Ex hac tamen *lege* FORNERIVS *lib. I. rer. quotid.* propugnare conatus eſt, accuſationem falſi omni eximi praeſcriptioni, cui tamen ſatisfecit CARANZA *de partu c. V. n.* 36.

Poteſt etiam renunciari praeſcriptioni.

s) Sine ratione ſolida hoc negat SCHARZIVS *in norma leg. ad Decret. tit. de praeſcript.* §. 1. *n.* 20. ex male applicata ratione, *quod vſucapio bono publico ſit introducta. l.* 1. *de vſurpat.* Enimuero 1) ius priuatum quodlibet ex cauſa etiam *publicae vtilitatis* ſimul determinatur et conſtituitur, quod ita tamen comparatum, vt, quatenus *primario* commodum priuatum tangit, ei renunciari queat. 2) Praeſcriptio primario fundatur in poena *negligentiae*, cui is, cuius intereſt, renunciare poteſt, adeoque ne quidem, quod de vſucapione olim cautum, ad omnem *praeſcriptionem* trahi poteſt. 3) Poſtquam vſucapio in *praeſcriptionem* transfuſa, etiam huius iura accepit, et ſic

magis

Digitized by Google

Addo et (3) ſi quis ſe exceptione t) contra ius actoris perpetua tueri valeat, vtpote quae ſua natura nulli praeſcriptioni ſubiacet.

§. XIII. Ea vero iura, quae l) cauſas mere publicas, ſolius imperantis conceſſioni et gratiae ſubiectas, concernunt, et quorum vſus *priuatis*, qua talibus, prohibitus eſt, v) adeoque *Iura publica a ſubditis contra principem praeſcribi nequeunt.*

magis hodie in poena *negligentiae* fundatur. 4) Conſtat ex *l.* 31, §. 22. *de aedil. edict.* valere conuentionem, vt in perpetuum redhibitio valeat, quo ipſo praeſcriptioni actionis redhibitoriae renunciatum eſt. Ergo etiam valebit pactum *retrouenditionis auf ewige Zeiten*, quo ipſo omni praeſcriptioni renunciatum cenſetur, quod recte defendunt ZOANNETTVS *de emt. vendit ſub pact. de retrou. n.* 28. *ſeqq.* TIRAQVELL. *de retr. conuent.* §. 1. *gl.* 7. *n.* 15. *ſeqq.* STRYK. *in vſ. mod. lib. XVIII. tit.* 1. §. 45.

t) Praeſcriptiones ad *actiones* tantum referendae, quas actores pro lubitu mouere poſſunt. Exceptiones *regulariter* ſunt perpetuae, cum non habeat poteſtatem reus, quando conueniatur, ſicuti actor, quando iure ſuo vti velit, in ſua poteſtate habet. *l.* 5. *l.* 6. *C. de except.* Quam ob cauſam mulier omni tempore exceptionem SCti Velleiani opponere, et quilibet reus exceptione doli quouis tempore vti poteſt, licet *actio doli* ad biennium reſtricta. *Exceptiones nulli praeſcriptioni ſubiectae.*

v) Imperator ANASTASIVS quidem in *l.* 4. *C. de praeſcript. XXX. vel XL. ann.* plane non diſtinguit inter cauſas *priuatas* et *publicas*, nec has a praeſcriptione eximit, ſed generaliter definit, omnes actiones, quae XXX. annorum curriculo non finiuntur, ad minimum ſpatio *XL. annorum* extingui, *nullumque ius priuatum vel* PVBLICVM *in quacunque cauſa vel quacunque perſona, quod praedictorum XL. annorum extinctum eſt iugi ſilentio, moueri poſſe.* Hac lege lata, mox apparuit, eam ſubditis auide arreptam, et contra ipſos imperatores in cauſas *functionum publicarum* ſeu *tributorum* allegatam atque pro immunitate ab his propugnanda atque aſſerenda adhibitam fuiſſe. Hac de cauſa, vt hanc audaciam in herba ſupprimeret, redarguit in *l.* 6. *C. eod.* eos, qui in praeiudicium publicarum functionum ſolutionis conſtitutionem praecedentem trahere conabantur, atque ita fancit: *l.* 6. *C. eod.* *Reſoluitur dubium ex l. 4. C. de praeſcription. XXX. v. l XL. ann. reſtricta per*

cum

Digitized by Google

que ad iura reipublicae et *imperantium*, qua talium, ſpectant,

cum huiusmodi conamen manifeſtiſſime ſenſui propoſitoque noſtrae legis obuiare noſcatur, ideoque iubemus eos, qui rem aliquam per continuum XL. annorum curriculum ſine quadam legitima interpraetatione poſſederint, de poſſeſſione quidem rei ſeu dominio nequaquam remoueri: functiones autem ſeu ciuilem canonem vel aliam quampiam publicam collationem eis impoſitam dependere compelli, nec huic parti cuiuscunque temporis praeſcriptionem oppoſitam admitti. Verba haec etiam repetit GRATIANVS in *c.* 16. *C.* 16. *q.* 3. vt probet, primitias et decimas eſſe inpraeſcriptibiles, quod illae cenſeantur ad inſtar *functionum* ſeu onerum *ciuilium*; eccleſiae vero res *publicae* ſint. Negari tamen nequit, conſtitutionem primam adeo ambiguam et generalem fuiſſe, vt non potuerit non varium admittere ſenſum, nec hodie ab eius applicatione ſiniſtra abſtinuerint interpretes. Quid enim per *ius publicum* intellexerit, non diſtincte explicuit, niſi quod in verbis finalibus deſignet, neminem ſuper ſua *conditione* vel *ſtatu* poſt XL. annorum tempus in ius vocari poſſe, excepta ſola *curiali* ab omni praeſcriptione immuni, iuxta *l.* 5. *C. eod.* per quam legem praecedentem reſtrinxit idem imperator. Admodum ergo probabile eſt, *iuris publici* appellatione eundem deſignaſſe *ſtatum perſonarum*, vt ſi quis dicatur cohortalis, ſeruus nauicularius, fabricenſis, et quae ad ſtatum alium perſonarum pertinent, *publicum ius* ſecundum quid tangere. Non ergo quoduis *ius publicum* ANASTASIVS praeſcriptioni ſubiicere voluit, quod vel *l.* 6. *cit.* euidenter declarat, ſed illud ius duntaxat, quod *varium ſtatum perſonarum* reſpexit. Hunc ſenſum etiam conſtitutioni praedictae dediſſe videntur BASILICA *lib. L. tit.* 14. *et* 15. §. 4. his verbis: *nulla perſona ab hac exceptione excludenda, ſiue priuata ſiue publica ſit*, vt (α) non tam *ius publicum* quodcunque, ſed perſonas in qualibet conditione poſitas, de quorum iure vel ſtatu ciuili ſeu publico contenditur, comprehendere voluiſſe videatur, quod etiam HARMENOPVLVS *in promtuar. iur. Lib. I. tit. III* §. 74. agnouit: (β) vt *perſonarum publicarum*, veluti *fiſci*, quoque patrimonium, quatenus olim in commercio ſecundum quid erat, praeſcriptioni XL. annorum obnoxium ſit. Fiſcus enim, licet *perſonam publicam* conſtitueret, ad inſtar pri-

Appellatio iuris publici in cit. l. 4. eruitur,

priuati tamen agebat, contrahendo, alienandoque, adeoque contra ſe praeſcriptionem XL. annorum admittere tenebatur. Huc etiam pertinebant *fundi patrimoniales principum*, qui in patrimonio eorum erant, ex quibus etiam canon ſoluebatur, ſi in emphyteuſin dati erant. *l.* 1. *C. de fund. patrimon. ib. XI.* Hoc perſpicue docet *l. ſ. C. eod.* quae eſt eiusdem ANASTASII, atque conſtituit, vt, qui *per XL. annos* tales fundos patrimoniales ſiue cum titulo ſiue ſine titulo poſſederunt, nullam penitus *ſuper dominio* eorum a *publico* ſeu a *publica perſona* actionem vel moleſtiam formidare, ſed canonem impoſitum nihilominus ſoluere deberent. Imo etiam *per XL. annorum ſpotium* immunitatem a canone impetrare poſſunt; nam, *vt illi quoque*, addit, *qui ademto canone huiusmodi fundos ab initio principali iuſſione datos ſibi fuiſſe confirmant* h. e. aſſerunt vel allegant, *ſi per XL. annos ademti canonis beneficium iugiter poſſederunt, nec canonem, cuius ademtinoem XL. annorum poſſeſſio teſtatur, poſſint penitus profligari.* Verba vltima eſſe corrupta, palam eſt, quod etiam obſeruat HARPRECHT *de praeſcript. immunit. a collect.* §. 32. cenſetque poſt verbum: *teſtatur*, haec addenda eſſe: *vnquam interea ſoluerint*, vt indigitet imperator, canonem per XL. annos non ſolutum fuiſſe, adeoque hoc additamentum ad verba praecedentia: *nec canonem*, referri debere. Sed hoc modo tautologia committitur, et verba vltima: *poſſint penitus profligari*, contra mentem imperatoris affirmatiue accipienda ſunt, vt poſſit ab iis canonem exigere. *Profligare* enim in reſcriptis principum nihil aliud denotat, quam *exigere*, vt docet *l. ſ. C. de rei iudic. l.* 26. *pr. C. de fideiuſſ.* adeo vt, ſi tales poſſeſſores poſſint penitus profligari, ab exactione huius canonis contra mentem principis non ſint immunes. Crederem ergo, verba haec corrupta ita poſſe reſtitui: *nec canon, cuius ademtionem XL. annorum poſſeſſio teſtatur, poſſit penitus profligari* h. e. exigi. Hoc modo, ſecundum mentem imperatoris, omnia plana et perſpicua ſunt, nec additamentum vllum deſideratur. *Publicum* ergo *ius* vel praedicabatur de *patrimonio principis* ſeu de *fundis patrimonialibus* vel etiam *fiſcalibus*: vel de *oneribus publicis*, quae *iure imperii* exigebantur et ex lege *ſubiectionis* praeſtabantur. Illae praeſcriptionem XL annorum, non aeque haec, patiebantur. Idem antea conſtituerunt THEODOSIVS et VALENTINIANVS in *l. ſ. C. de fundis rei priuat.* vbi prohibitum, demto canone *dominicam poſſeſſionem*

Illuſtratur per praeſcriptionem fundi patrimonialis.

Emendatio l. 1. *C. de fund. patrim.*

 h. e.

Digitized by Google

ſtant, x) contra principem nulla praeſcriptione acquiri poſſunt,

h. e, fundum patrimonialem comparare, vt tamen *vetuſtatis auxilium* contra hanc legem prohibitiuam profit, quod de *longiſſimi temporis* ſeu XL. annorum praeſcriptione pro ſubſtrata materia accipiendum.

Immunitas a collectis nulli praeſcriptioni obnoxia.

x) Vnde merito concludo, immunitatem a *tributis* et *oneribus publicis*, quae iure *imperii* imponuntur, nulla praeſcriptione obtineri poſſe, quod *l. 6. C. de praeſcript. XXX. vel XL. ann.* perſpicue tradit, et ratio iuris, quod talia ob *publicam cauſam* et *neceſſitatem* imperanti, qua tali, debeantur, confirmat. In alia omnia iuit HARPRECHT *cit. diſſ. §. XL.* docetque, *cit. l. 6.* loqui de illis praeſtationibus, quae principi reſeruata ſunt in ſignum *ſuperioritatis* et *ſubiectionis*, atque ſoluuntur in *recognitionem ſupremi imperii*, quae demum nulli praeſcriptioni ſubiecta ſunt, quorſum *tributa* etiam refert, ſeu ius exigendi collectas ſeu contributiones. Et tamen, quod mirandum, immunitatem a collectis XL. annorum ſpatio acquiri poſſe cenſet, cuius contrarium potius ex eius doctrina inferendum. Quantum per coniecturas aſſequi poſſum, exiſtimaſſe videtur, collectas magis ſolui pro *neceſſitatibus principis* ſoluendis et pro expenſis belli, adeoque ab illis praeſtationibus diſtinguendas, quae in *recognitionem imperii* debentur et in *ſignum ſubiectionis* ſoluuntur, qua diſtinctione vtitur COVARRVVIAS ab eo allegatus.

Dubia a Harprechto mota reſoluuntur.

Enimuero etiam hae collectae, quae pro neceſſitatibus principis ſubleuandis ſoluuntur, ſi *immediate* principi debentur, iure *imperii* exiguntur et ex lege *ſubiectionis* ſoluuntur. Imo vbi hodie collectae ex iure antiquo ad curam et adminiſtrationem *ſtatuum prouincialium*, quorum cum conſenſu ab antiquo indictae fuerunt, ſpectant, et ita ſyndicus eorum agit, is nequit praeſcriptione repelli, quod ſtatibus prouincialibus tantum *directio* circa collectas prouinciales competat, illae autem *principis* ſeu *reipublicae* nomine exigantur, et ex lege *ſubiectionis* ſingulis imponantur. Hac de cauſa in *capitulat. artic. XV.* promiſit CAROLVS VI. imperator, ſe non permiſſurum, *daß die Landſtände die* diſpoſition *über die Landſteuer, deren Empfang, Ausgab, und Rechnungs-Receſſirung mit Ausſchließung des Landesherrn* priuatiue *vor und an ſich ziehen.* Breuiter: cauſa collectarum hoc caſu non eſt *cauſa ſtatuum prouincialium* propria, ſed

poſſunt, quippe quae cauſam et ſtatum publicum concernunt, et tantum per viam *priuilegii ſingularis* ſubditis concedi poſſunt, absque quo poſſideri nequeunt: y) facilius contra aeque ſubditum, ſi inter hos ſolos de tali iure quaeſtio mouetur, ſine interuentu fiſci, quia hoc caſu legis publicae prohibitio praeſcriptioni non obſtat, ſed de *iure inter priuatos* agitur. z) Sunt vero haec iura publica tum

ſed potius *reipublicae* et ſic *publica*, nulli praeſcriptioni obnoxia. Quam infinitis procellis et fluctibus hoc argumentum expoſitum fuerit, ex interpretum timida et erronea interpretatione *l. 4 et l. 6. C. de praeſcript. XXX. vel XL. ann.* docent ea, quae ex horum penu collegit HARPRECHT *de praeſcript. immun. a collect.*

y) Immunitas a collectis, per modum *priuilegii* demum impetranda, nec ex natura ſua eſt cauſa praeſcriptioni obnoxia, quippe qua *iura priuata* tum circa *priuatorum*, tum circa *rem fiſci* duntaxat conuelluntur. Sunt iura *praeſcriptionum* ſubditis data, quibus principes *iura reipublicae* et *regalia* ſubiicere noluerunt, ſed talibus legibus ſoluti ſunt, obſeruante B. THOMASIO *de praeſcript. regal. ad iur. ſubdit. non pertin. c. II.* §. 15. niſi quatenus *iure priuatorum* agere voluerunt, vt in *fundis patrimonialibus*, quae iure *dominii*, quod *priuatum* eſt, poſſident. In exercitio regalium *iure reipublicae* agunt, ius publicum exercent, non *priuatum*, quod tantum praeſcriptioni ſubiectum eſt. Denique ab exercitio *regalium* ſubditi per leges publicas ſimpliciter excluſi ſunt, et ſic obiectum *legum prohibitiuarum abſolute talium* ſunt, quae non admittunt praeſcriptionem, vt ſtatim dicendum. *Iura reipublicae non ſunt ſubiecta praeſcriptioni.*

z) *Iuriſdictio* ſine dubio ex iure imperii publico dependet, et ſic ad *regalia* ſpectat. Si tamen inter nobiles de eius exercitio agitur, non dubium eſt, quin praeſcriptioni inter illos locus eſſe queat, quia hi inter ſe de *iuriſdictione patrimoniali* contendentes, litigant de iure patrimonii ſui, de quo etiam ſuo modo diſponere poſſunt. Sunt in quibusdam prouinciis *iura venandi* ad regalia relata, vt priuatis vſus eorum *prorſus* et *abſolute* interdictus ſit, adeoque nulla contra principem praeſcriptio allegari poteſt. Diuerſa eſt ratio nobilium, qui inter *Lis inter priuatos de regalibus praeſcriptionem admittit.*

etiam eccleſiaſtica. tum *eccleſiaſtica* tum *ſecularia* ſeu *profana*, aequali iure gaudentia, cum etiam quae ad iura *ſacri imperii* ſpectant, atque inde dependent, nulli ſubditorum praeſcriptioni obnoxia ſint, ſiue de *acquiſitiua*, [a]) ſiue de *extincti-va*

ter ſe de iure venandi vel conuenandi contendunt, qui omnino ſe praeſidio *praeſcriptionis* tueri poſſunt. Neque enim cauſa principis, ſed vnice priuatorum agitur, vel, vt ait B. THOMASIVS *cit. l. c.* I. §. 14. *tunc regalia non amplius conſiderantur vt iura maieſtatica, ſed vt ſubditorum iura.* conf. ROSENTHAL. *de feud. c. V. concl.* 46.

Iurisdictio eccleſiaſtica immunis eſt a praeſcriptione. [a]) *Iurisdictio eccleſiaſtica* ſine dubio ad iura imperii ſacri pertinet, ſiue ea exerceantur ab *epiſcopis* inter catholicos: ſiue a *principibus* inter proteſtantes, adeoque conclamatum eſt, eam praeſcriptioni nulli ſubiectam eſſe, quippe quae legibus eccleſiaſticis prohibitiuis eſt interdicta omnibus, quibus ea ſpeciatim non eſt conceſſa, vt recte cenſet BRVNNEM. *conſ.* 142. *n.* 85. cum COTHMANNO *vol. IV. reſp.* 33. *n.* 31. *item procurationes.* Procurationes iure canonico debentur iure *ſubiectionis*, vnde contra eas nulla praeſcriptio obiici poteſt, etiam longiſſimi temporis, *cum*, vt dicitur in *c.* 11. *X. de praeſcript. in talibus praeſcriptio ſibi locum nequeat vindicare*, quae ſcilicet *iure ſubiectionis* debentur, ſeu abſolute per leges ſubditis imperata ſunt, contra quae praeſcriptio non habet locum, quod confirmat pontifex in *c.* 16. *X. eod. et c.* 17. *X. de cenſib. exact. et procurat.* *diuerſa eſt ratio quartae decimarum.* Diuerſa eſt ratio *quartae decimae et oblationis defunctorum*, quae epiſcopo quidem debetur, ad *iura tamen eccleſiaſtica priuata* et *lucra* vnice pertinet, vt quadragenariae praeſcriptioni ſubiaceat. *c.* 4. *X. de praeſcript.* Male ergo inde argumentum ad praeſcriptionem immunitatis a collectis trahit HARPRECHT *cit. l.* §. 36. neque enim debetur in *ſignum ſubiectionis*, vti *procurationes*. *limites dioeceſani impraeſcriptibiles.* Pariter limites *dioeceſani* et *parochiales* iuris publici cenſentur, quorum confuſio eccleſiaſticis ſanctionibus ſeuere prohibita eſt: *ne*, vt dicitur in *c.* 5. *C.* 16. *q.* 3. *per conſuetudinem peſſimam exempli mali temeritate creſcente, vniuerſalis confuſio naſcatur.* Vnde nulla praeſcriptione ſtatus dioeceſium et parochiarum poteſt immutari, vt cautum in *c.* 5. 6. 7. *C.* 16. *q.* 3. Haec principia ſecutus eſt pontifex in *c.* 4. *X. de paroch.* cenſuitque, animaduertendum eſſe, vtrum

Digitized by Google

va [b]) ſermo ſit. Etiam illi obſtat abſoluta legum eccleſiaſticarum prohibitio; huic vero ipſa praeſcriptionis ratio fundamentalis, quae punit negligentes, iure ſuo non vtentes, quae contra eos, qui iure *imperii ſacri* vtuntur allegari nequit.

§. XIV. Sunt praeterea II) iura priuatorum, quae abſolute quibusdam ex cauſa *publicae vtilitatis* prohibita ſunt, et ita ad *politiam publicam* ſpectant, nulli praeſcriptioni obnoxia. [c]) Talia enim magis ſecundum quid *iuris publici* quam

Cauſae priuatorum ad politiam ſpectantes eximuntur ab omni praeſcriptione.

vtrum conſtet, fines eccleſiaſtica ordinatione eſſe diſtinctos nec ne? vt priori caſu nulla admittenda ſit praeſcriptio, bene tamen poſteriori, quod illuſtrauit Dn. PRAES. *de iure paroch. ſect. III. c. III.* §. 13.

[b]) *Luſtratio* ſeu *viſitatio*, quae iure imperii ſuſcipitur, nulla praeſcriptione amitti poteſt, ceu recte cenſuit pontifex in *c. 16. X. de praeſcript.* cum talis praeſcriptio pugnaret cum legibus imperatiuis abſolute talibus, quae a praelatis ſimpliciter hoc officium exigunt.

viſitatio itidem inpraeſcriptibilis.

[c]) In Germania plura in hunc cenſum referri debent, in primis *ius braxandi*, et *opificium exercendi*, quae ad *ciuium commercia* priuatiue relata ſunt in plerisque prouinciis, vt a nobilibus vel pagis nulla praeſcriptione acquiri queant. In Saxonia electorali prius ſeuere prohibitum in *ordin. prouinc. de anno* 1555. *tit.* *von Brauen, Schenken, und andern bürgerlichen Handthierungen aufm Lande*, et quidem ex hac ſontica cauſa, *daß denen Städten ihr Handel und Nahrung dadurch entzogen, und die Einwohner in denen Städten dadurch zu verderblichem Schaden bracht werden*, contra quam legem prohibitiuam nulla praeſcriptio, ſed tantum *tempus immemoriale* attenditur, quod ſupra a claſſe *praeſcriptionum* excluſum eſt. In electoratu Brunſuico-Luneburgenſi per *edictum de anno* 1706. d. 7. Ian. eadem prohibitio facta quoad ruſticos ex hac etiam ratione: *daß dem* publico *daran gelegen, daß dergleichen Leute ihren Ackerbau abwarten, und von Treibung der Braunahrung, wobey ſie nur die meiſte Zeit im Müßiggang* zu-

quod illuſtratur ex iure braxandi.

Digitized by Google

quam *priuati* ſunt. Hunc in ſenſum accipienda eſt regula vulgata, quod contra leges prouinciales ſimpliciter *prohibitiuas* nulla

ex iure opificum.

zubringen, abgehalten werden. Plures eiusmodi leges prohibitiuas adfert SCHOEPFFER in *tr. de iure braxandi.* Poſterius, quod *opificia* concernit, pariter in pagis prohibitum, in fauorem ciuitatum, in quarum commodum illa cedunt, quam ob rem *in ordin. polit. Magdeb. c. XXXV.* §. 29. hac de re ita cautum: *ein ieder Handwerksmann ſoll ſich in einer Stadt häuslich niederlaſſen: in denen Dörfern aber keine Handwerker dann Schneider, Zimmerleute, Bötcher, Schmiede, Leinweber, und Rademacher geduldet werden.* Prolixius et plenius ex variis legibus prouincialibus hoc illuſtrat Dn. de LVDEWIG *de opifice exule in pagis differ. I. c. 8. ſeqq* Ius reuniendi pertinentias praediorum ruſticorum in quibusdam prouinciis ob vtilitatem publicam introductum, ſimulque ſimpliciter ruſticis prohibitum, ne pertinentias alienarent. Talis prohibitio occurrit in *ordin. polit. Magdeb. c. XXIX.* § 9. *alle Steuer- Dienſt- und zinsbare Bauer- und Feldgüther, ſo in ein* corpus *zuſammen geſchlagen, ſollen hinführo gar nicht zerriſſen, und Stückweiſe verkauft, auch von unſern Amtleuten und andern Gerichtsobrigkeiten in die Trennung ſolcher Güther nicht gewilliget, noch ſolche nachgegeben, ſondern vielmehr was zuförderſt aus Unverſtand in unſern Aemtern und andern Orten, durch Kauff und Verſchenkung von einander geriſſen worden, wieder zuſammen gebracht werden.* Speciatim vero in *edicto d. 22. Nou. MDCCVII.* ſancitum: *daß* ſummarie *ohne alle Weitläuftigkeit darinn verfahren, und weder* exceptiones dilatoriae *noch* peremtoriae, *als praeſcriptionis,* rei iudicatae, *und dergleichen darwider zugelaſſen und attendirt werden ſollen.* Quia enim talis praeſcriptio foret contra *leges prohibitiuas* ſimpliciter tales, ob publicam vtilitatem primario introductas, merito haec exeſſe iuſſa eſt. In vrbibus ducatus Magdeburgici ſimiliter prohibitum eſt, partem aedium ſeu pertinentias vendere absque magiſtratus autoritate Ita enim decernit *ordin. polit. c. XIII.* §. 5. *Vielweniger ſoll hinführo geſtattet werden, daß iemand ein Stück oder Raum von ſeinem Haus ohne gegründete Urſachen und* conſens *der Obrigkeit verkaufe, und ſollen dieienigen, welche vor* publication *dieſer Policeyordnung dergleichen ohne* conſens

ex iure reuniendi pertinentias.

der

Digitized by Google

nulla praeſcriptio locum habeat,[d] quod *ſtatus politiae publicae* inde conuellatur.

der Obrigkeit an ſich gebracht und per immemoriale tempus, *wie es ſich zu recht gebühret, noch nicht praeſcribiret, daſſelbe gegen Erſtattung ihres ausgelegten Geldes, und den erweiſslichen noch vorhandenen meliorationen, im Fall der Platz nicht ſchon wirklich ausgebauet, abtreten, und dem, an welchen hernach der andere meiſte Theil durch einen Kauf oder Erbfall kommen, einzuräumen ernſtlich angehalten werden.* Nullam praeſcriptionem contra hanc legem admitti, manifeſtum eſt, quod *immemorialis temporis poſſeſſio* tantum tueatur poſſeſſorem, quae proprie *praeſcriptio* non eſt. Vnde facile liquet, quid ſtatuendum ſit de hac quaeſtione: an etiam *ſeruitutes diſcontinuae* praeſcriptioni ſubiectae ſint nec ne? Qui tantum *vetuſtatem immemorialis temporis* hic admittunt, omni praeſcriptioni dicam ſcribunt, decepti ex *l.* 14. *pr. de ſeruit.* et ſolida ratione deſtituti. Etenim α) ſeruitutes ſunt *iura priuatorum*, ſiue *continuae* ſiue *diſcontinuae* fuerint, quae praeſcriptionem non reſpuunt: β) neque lex aliqua *prohibitiua* et talis, quae publicas ciuitatum rationes concernit, hic adeſt, quod alioquin in quibusuis ſeruitutibus exulare deberet praeſcriptio: neque γ) ex *l.* 14. *de ſeruit.* vllum diſſentientibus argumentum ſuppeditatur, quae ius antiquum, omnem penitus in ſeruitutibus vſucapionem excludens, refert.

Alia ratio eſt ſeruitutum diſcontinuarum, quae admittunt praeſcriptionem.

[d]) Tales *leges prouinciales* hic intelligo, quae primario ob *publicum commodum* ſubditis aliquid, aliquando etiam ſub poena, prohibuerunt. Talem prohibitionem deprehendi in ſanctione *ordin. prouinc.* Ducis Brunſuicenſis et Luneb. *d. a. MDXC*, in qua *paſtura ouium in ſyluis* ſeuere prohibita his verbis: *Nachdem des hochgebornen Fürſten unſers Herrn Groſsvaters Anno* 1547. *ausgegangene publicirte und angenommene Holzordnung unter andern vermag, daſs keine Schafe in den Hölzern ſollten gelitten werden, ſondern vorm Holze und in denen Angern und Feldmarken bleiben ſollen, ſo wollen wir ſolches wegen allerhand Verwüſtungen, ſo dadurch an ein oder andern Orten geſchehen, hiermit ernſtlich alſo nochmalen ſtabiliret, geordnet, und gehalten haben, daſs, da Schäfer im Holze mit Schafen befunden, zu welcher Zeit es ſey, uns iedesmal mit* 10. *Hammeln ver-*

Contra leges prouinciales non habet locum praeſcriptio.

Digitized by Google

Quaedam ex ſpeciali ratione eccleſiaſtica praeſcriptionem non admittunt.

§. XV. Denique III) in iure canonico nonnulla, quae ad iura *eccleſiarum* ſpectant, certo reſpectu nulli praeſcriptioni obnoxia ſunt, vel quod laicis ſimpliciter et abſolute interdicta, et hi illorum poſſeſſionis prorſus incapaces iudicati ſint, [e]) adeoque, ſi praeſcriptione acquiri poſſent, ner-

verfallen ſeyn. Stricta et abſoluta eſt huius legis prohibitio, conſervandarum ſyluarum cauſa poenaliter ſancita, quae ſine dubio rationem publicam totius prouinciae concernit, omnemque praeſcriptionem excludit.

Vt ſunt decimae a laicis poſſeſſae.

[e]) *Laicis* decimas detinere prohibitum eſt iure canonico, *vt ſic nulla eas valeant ratione praeſcribere*, vt ait ALEXANDER III. in *c. 7. in f. X. de praeſcript.* Cenſent decimis eccleſiaſticis inhaerere *qualitatem ſpiritualem*, ob quam a ſolis clericis, quibus a DEO ceſſae creduntur, poſſideri queant, adeo, vt ſine crimine ſacrilegii a laicis detineri non poſſint. *c. 1. C. 16. q. 7.* Quamuis enim bona eccleſiaſtica *praeſcriptione quadragenaria* acquirantur, *decimas* tamen peculiarem poſſidere indolem, et ab illis magnopere differre crediderunt, quae et plura alia argumenta allata et ſub incudem reuocata ſunt a DN. PRAES. *tom. III. iur. eccleſ. tit. de decim. §. 34. ſqq.* Paucis duo hic obſeruo: I) quod Theologi Romanae eccleſiae in ipſo principio de *qualitate decimarum* grauiter diſſentiant a *Canoniſtis*, qui dogmata pontificia huius iuris ſtricte adorant, cum illi negent legem Moſaicam decimis olim datam ad *foedus nouum* pertinere, id quod etiam proteſtantes agnoſcunt, nec decimas a *ceteris bonis eccleſiaſticis* diſtinguunt: II) Quod, hac diſcrepantia non obſtante, ex alio fundamento potuiſſet ſententia, qua omni praeſcriptioni dicam ſcripſerunt pontifices, defendi, videlicet, quod *iure eccleſiaſtico*, poſtquam in ſingularem clericorum ſuſtentationem introductae ſunt, earum alienatio *ſimpliciter* et *abſolute* prohibita, et ita extra commercium illae conſtitutae fuerint, contra quas *leges prohibitiuas* nulla praeſcriptio locum ſibi vindicat. Sed poſtquam (α) illas *iuris diuini* eſſe, et eo iure quoque clericis in nouo foedere eſſe datas, conſtituerunt: (β) a reliquo eccleſiae patrimonio eas ſingulariter diſtinxerunt: (γ) praeterea clericis aliunde de bonis immobilibus in beneficium datis proſpectum eſt,

Digitized by Google

neruus legum publicarum contra ſtatum eccleſiaſticum publicum euerteretur: vel quod extra dioeceſin ſuam praelatus iura in alterius diooceſi praetendat, cui praetenſioni ius commune reſiſtit. [f]) Verum poſteriori caſu ius canoni-

Zz 3

cum

eſt, vt decimis ad ſuſtentationem non indigeant: denique (δ) alia bona eccleſiaſtica praeſcriptionem patiantur, a quibus in rei veritate non differunt, haec controuerſia a proteſtantibus illis mota eſt ratione *praeſcriptionis*, quam merito contra eccleſiam admittunt, nec a reliquis bonis eas diſtinguunt. Multo magis ergo praeſcriptio locum habebit, ſi inter ſolos laicos de *decimis ſecularibus* contenditur.

[f]) Quilibet epiſcopus intentionem fundatam habet ratione *decimarum* et *eccleſiarum*, quae in ſua dioeceſi ſunt, vt poſſeſſae ab alio epiſcopo extra dioeceſin recte vindicari queant, quippe qui in *aliena dioeceſi* ius nullum habet, et ita ſi eccleſias in illa ſibi vindicat, *actum dioeceſanum* in ea exercet, quod iure communi prohibitum eſt, et ita huic iuri reſiſtit 1) *iuris communis regula* et 2) *praeſumtio*. Ex quo infert pontifex in *c. 1. de praeſcript. in 6.* quod, *licet ei, qui rem praeſcribit eccleſiaſticam, ſi ſibi non eſt contrarium ius commune, et contra eum praeſumtio non habeatur, ſufficiat bona fides; vbi tamen ei eſt ius commune contraium, vel habetur praeſumtio contra ipſum, bona fides non ſufficit, ſed eſt neceſſarius titulus, qui poſſeſſori cauſam praebeat praeſcribendi.* Videtur pontifex hanc doctrinam hauſiſſe ex doctrina quorundam interpretum, qui in praeſcribenda *ſeruitute*, non obſtante *l. 10. ſi ſeruit. vind.* titulum deſiderarunt, vel, eo deficiente, vetuſtam poſſeſſionem, cuius initii memoria deeſt, iuxta *l. 1. in f. et l. f. D. de aq. et aqua pl. arc.* Etenim qui ſeruitutem in alieno ſibi aſſerit, ei *ius commine* eſt contrarium, ſecundum quod nemo in ſuo aliquid pati tenetur; praeterea *praeſumtio* contra ipſum militat, quod praedium praeſumatur liberum eſſe, quo intuitu titulatam poſſeſſionem deſiderauit IAC. RAEVARDVS *ad l. Scribon.* §. 7. vt deficiente titulo tempus immemoriale ſit loco tituli. Hoc dogma applicuit pontifex ad decimas in aliena parochia ſitas praeſcribendas, quae cum *ſeruitute*, quae in *alieno* exercetur conueniunt, quibusque ius commune reſiſtit et praeſumtio iuris aduerſatur, quod etiam de *eccleſia*,

quam

De praeſcriptione decimarum et eccleſiarum extra dioeceſin.

In qua titulum deſiderat pontifex.

Ratio huius ſententiae indagatur.

Digitized by Google

cum non abſolute praeſcriptionem reprobat, ſed demum *cum titulo* admittit.

§. XVI.

quam quis ex aliena dioeceſi ſuam eſſe dicit, dicendum eſt. Vtroque tamen caſu *ius* non eſt *abſolute prohibitiuum*, ſed potius permittitur, vt tale ius in aliena dioeceſi vel parochia, aeque vt ſeruitutes, acquiri queat, adeoque hoc intuitu praeſcriptionem XL. annorum, quamuis *cum titulo*, admittit pontifex, eam non admiſſurus ſine dubio, ſi haec iura pugnarent cum *lege abſolute prohibitiua*, prout ſupra euictum eſt. Etenim *ius commune* in *cit. c.* 1. nil aliud deſignat, quam *ius*, quod *regulam* conſtituit, adeoque *praeſumtionem* pro ſe habet: ab hoc ſi receditur, receditur a communi iure, et praeſumtio contra talem actum militat. Quae cum ita ſint, non recte tetigiſſe mentem pontificis videtur WIESTNERVS *in inſtitut. iur. canon. tit. de praeſcript. art. IV. n. 7. ſqq.* Pro eruenda enim vera mente huius textus obſeruat, (1) non ſufficere *reſiſtentiam qualemcunque aut praeſumtionem* contra praeſcribentem; alioquin ſeruitutum, praeſcriptionem *ſine titulo* concipi haud poſſe, quem tamen non praeciſe deſiderat *l.* 10. *D. ſi ſeru. vindic.* licet *praeſumtio* contra praeſcribentem militet, et iuxta *regulam iuris communis* nemo aliquid pati in ſuo teneatur, cui repugnat ſeruitus. Enimuero ſine dubio pontifex ad *ſeruitutum* praeſcriptionem reſpexit, et in ea *tituli* probationem eſſe neceſſariam cenſuit. (2) Deſiderat hoc caſu *legem prohibitiuam*, qua ex *cauſa publicae politiae* aliquid *vehementer* interdictum eſt, vnde *violenta praeſumtio* contra poſſeſſorem naſcitur; quod tamen ex verbis adductis colligi nequit, cum, licet *ius commune* praeſcribenti reſiſtat, non tamen abſolute prohibitum eſt, ius in aliena dioeceſi vel parochia inſtar *ſeruitutis* acquirere. (3) Pergit, inde quoque eſſe, quod ius commune ei aſſiſtere debeat; contra quem praeſcriptio allegatur, quod admitti poteſt. Etenim non ſufficit, quod ius commune in ſe reſiſtat poſſidenti, ſi non aſſiſtat ei, contra quem praeſcriptio allegatur, qua de cauſa vnum monaſterium contra aliud recte decimas *ſine titulo* intra XL. annos praeſcribit, cum aequalis ſit vtriusque conditio, in qua melior cauſa poſſidentis eſt, vt obſeruat WIESTNER. *cit. l. n.* 80. (4) Admittit pontifex in verbis adductis, neceſſario hoc caſu *titulum* eſſe

Cenſura in ſententiam Wieſtneri.

Tempus immemoriale a praeſcriptione differt.

§. XVI. Ceterum ſupra iam obſeruaui, ſublata praeſcriptione, non cenſeri poſſeſſoribus rerum inpraeſcriptibilium ademtam praerogatiuam vetuſtatis, cuius initii deficit memoria, quippe quae praeſcriptio non eſt, ſed tantum *abuſiue* ita dicitur g). Etenim (1) *praeſcriptionis* ratio prima-

eſſe probandum, *qui praebeat poſſeſſori cauſam praeſcribendi.* Vnde colligitur, praeſcriptionem quadraginta annorum hoc caſu admitti, titulo probato, quae excludenda foret, ſi de actu *abſolute prohibito* ex cauſa publicae ſalutis diſponeret pontifex.

Praeſcriptione omni excluſa, non reiecta cenſetur poſſeſſio temporis immemorialis.

Veluti contra leges prouinciales.

g) Supra iam §. *IX. et X.* hanc regulam explicui, denuo hic paucis repetendam, vt eo magis inoffenſo pede in hac doctrina incedere queamus. Eundem conceptum de hac *vetuſtate* hominum memoriam excedente etiam laudat et ſuum fecit CARPZOV. *lib.* 1. *reſp.* 38. in quo euincere conatur, *praeſcriptionem temporis immemorialis currere etiam contra ordinationem prouincialem*, niſi quod in hac adducta rubrica magis ex vulgi quam vera opinione locutus fuiſſe videatur, dum eam vocat α) *praeſcriptionem:* β) eius *curſum* allegat, quod praedicatum proprie praeſcriptioni competit, qua ius acquiritur vel adimitur: γ) imo curſus eius certum et definitum terminum in ſe continet, vſque quo currat, quae omnia ab hac *vetuſtate*, de qua agimus, aliena ſunt. Ceterum in demonſtranda hac ſententia rectius verſatur has adferendo rationes: 1) quia in hoc *tempore immemoriali* ſemper praeſumitur titulus et bona fides, etiamſi non allegetur, nedum probetur, quia tanto tempore poſſeſſum, praeſumitur ab auctoribus ſuis iuſte poſſeſſum: 2) quia habet hoc tempus memoriam hominum excedens vim *priuilegii*, et aequiparatur *priuilegio*, a principe alicui expreſſe vel ex certa ſcientia conceſſo. Quidni ergo contra leges prouinciales locum haberet? cum princeps contra leges vniuerſales *priuilegia* tribuere non prohibeatur: 3) quia etiam praeſcriptio temporis immemorialis, abuſiue ita dicta, nunquam intelligitur excluſa per legem vel ſtatutum, quantumcunque verbis generalibus lex vel ſtatutum vtatur. Sed hanc propoſitionem non probat, quam tamen facile probare potuiſſet, ſi ab appellatione incommoda *praeſcriptionis* abſtinuiſſet, quae alioquin facile *contradictionis* reatum operari

rari

mario in *certo et definito tempore* conſiſtit, quo vel ius acquiritur, vel amittitur, quod in vetuſtate hac, omnem memoriam excedente, deeſt: (II) licet in iure ciuili de ea agatur in plurimis locis; [h]) nunquam tamen ſub *praeſcriptionum* ſpeciebus aut regulis refertur, ſed potius ab eis diſtinguitur: (III) diuerſam plane a praeſcriptione indolem et finem habet, quoniam hac ipſa ius *acquiritur* vel *amittitur*, et ita *modis acquirendi* accenſetur rectiſſime; ſed vetuſtas, in qua initii memoria deficit, non eſt *modus acquirendi* ius quoddam, ſed potius *modus probandi*, olim legitime acquiſitum fuiſſe, vt ſic *titulum* virtualiter oſtendat, et praeſumtionem [i]) firmiſſimam inducat, ius, de quo contenditur, optimo titulo, iam quidem ob tanti temporis

rari poſſet. Videlicet quia haec vetuſtas, cuius initii memoria deficit, non eſt *praeſcriptio*, palam eſt, eam ſub negata praeſcriptione non contineri, nec ad eam applicari poſſe regulam: quicquid negatur de omni, negatur etiam de ſingulis ſpeciebus, quae ſub eo continentur.

Tempus immemoriale in iure ciuili non dicitur praeſcriptio.

[h]) Loca ex iure ciuili adducta ſunt ſupra §. *X. lit. l. in not.* in quibus nunquam *praeſcriptionis* mentio fit, quam demum recepit ex gloſſatorum commentis ius pontificium. Pugnat cum conceptu *praeſcriptionis*, eam loco tituli eſſe, cum, ſi *longi temporis* ſit, illum neceſſario praeſupponat: ſin *longiſſimi*, illum regulariter non requirat, niſi in ſpecie §. *anteced. in not. lit. f.* adducta. Aſt non pugnat cum natura *vetuſtatis memoriam hominum excedentis*, ex ea *titulum* firmiſſime colligere et concludere, olim legitime hoc conceſſum et acquiſitum fuiſſe.

Praeſumitur in eo, non fingitur titulus.

[i]) Minus accurate loquuntur, qui *fictum titulum* ex hac vetuſtate inducunt, et ita *fictiones* cum *praeſumtionibus* confundunt. Qui fingit, aliter ſeſe rem habere nouit, quod de hac *vetuſtate* dici nequit, in qua omnis initii memoria deficit prorſus. Imo ſi vitioſum initium doceri poteſt, *immemoriale tempus* deficit.

Digitized by Google

poris lapſum ignorato, fuiſſe acquiſitum, quo intuiu etiam *vim priuilegii* habere dicitur. [k])

§. XVII.

Tempus immemoriale etiam in regalibus prodeſt poſſeſſori.

[k]) B. THOMASIVS diſſ. *de praeſcript. regal. ad iura ſubdit. non pertinente c. III. §. 7. ſqq.* non potuit non in contrariam tranſire ſententiam, poſtquam ſuppoſuit, in tempore memoriam hominum excedente adeſſe *veram praeſcriptionem*, qua ACQVIRI poſſe cenſeantur regalia, quae ſententia tamen erronea eſt. Tempori parum tribuit, cui tamen leges multum tribuunt. Inde infert: *legum interpretes citra iuris diſpoſitionem illud adeo extollere non poterant, ac ſi ius quoddam aduerſus principem* ACQVIRERE *poſſint, cum ad hoc* PER SE *plane ſit ineptum.* Hoc facile admitto, quod conſtituerim, tali vetuſtate non *acquiri* regalia contra principem: ſed legitime per privilegium et conceſſionem principis olim acquiſita fuiſſe *probaui* ac *demonſtraui.* Infinita priuilegia, diplomata, aut chartae per iniuriam temporum amittuntur, incendio pereunt, aut vi hoſtili eripiuntur, vt horum memoria tandem plane deficiat. Quot tabularia ſunt extincta per calamitates bellicas aliaqua infortunia publica, quibus tamen ipſa iura, quae per haec probari debebant, extingui non debent. Actum foret de infinitis principum iuribus, ſi poſt lapſum tantae vetuſtatis ob defectum diplomatum haec in dubium vocari poſſent. Contra praeſumtionem, quae ex hac vetuſtate colligitur, haec in medium adfert: *attamen cum determinationes temporum legibus demum fiant, non patet, quomodo haec ſententia, qua excluſa praeſcriptione longiſſimi temporis, excluſam tamen non eſſe praeſcriptionem, cuius non extat memoria in contrarium, dicunt, conueniat cum doctrina de praeſumtionibus. Nam ſemper quidem praeſumuntur adeſſe ea, quae naturae rei inſunt; verum non eſt de natura rerum, vt per poſſeſſionem immemorialis temporis citra legis determinationem* ACQVIRANTVR *a vero domino, ſed de facta a legibus determinatione conſtare debet.* Ita rationes ſubducendae eſſent, ſi de *acquirendo iure* per vetuſtatem memoriam hominum excedentem ageretur, quod falſum eſt. Enimuero obſeruandum eſt, (a) immemoriale tempus non dici, *cuius non extat memoria in contrarium*, ſed cuius *initii*, *acquiſitionis* ſcilicet, non extat memoria, *vetuſtate*

Concluſiones ex hac doctrina.

§. XVII. Quocirca ex hac vetuſtate, cuius initii memoria deeſt, colligo, (I) etiam contra *legem prouincialem prohibitiuam* ius tam vetuſto tempore poſſeſſum praeſumi legitime acquiſitum fuiſſe, ¹) adeo vt etiam leges prouincia-

tuſtate temporis longaeui accedente. (b) Ex hac vetuſtate non *acquiri* dicimus regalia, ſed praeſumtionem firmiſſimam colligimus, olim haec legitime a principe per *priuilegium* acquiſita fuiſſe. (c) Quia praeſumuntur ea, quae naturae rei conueniunt, merito ex hac *vetuſtate* colligitur, regalia et quae alias lege prohibita ſunt a principe, per principem conceſſa fuiſſe, cum *vetuſtatis* haec vis ſit, vt ea, quae tempore memoriam hominum excedente poſſeſſa ſunt, et nunquam antehac in dubium vocata, legitime acquiſita *ab initio* cenſeantur, quod alioquin citra *contradictionem* poſſideri vix potuerint. Sunt principes ſui miniſtris inſtructi, quibus ex *neceſſitate officii* incumbit, pro iuribus ſui principis inuigilare, quod neglexiſſe non praeſumuntur, ſed potius agnouiſſe, iura a ſubditis tanto tempore poſſeſſa, legitime acquiſita fuiſſe.

Illuſtratur ſententia, contra legem prohibitiuam prodeſſe poſſeſſori tempus immemoriale.

¹) Iam antea ad §. *praecedentem lit. g.* hanc ſententiam ex CARPZOVII doctrina illuſtraui. Placet adhuc eandem adornare rationibus, a WERNHERO *p. IV. obſ. 5. n. 91.* adlatis. Ait: *Conſtat et a nemine negatur, poſſe principem a lege prohibente, quae mere humana eſt, hunc vel illum eximere, eidemque contra illam priuilegium largiri. Vbi igitur quis probat, per immemoriale tempus ſe actum lege interdictum exercuiſſe, praeſumendum eſt, hanc facultatem olim a principe conceſſam et legitime acquiſitam fuiſſe, vt vlterior priuilegii probatio exigi haud debeat.* Applicabo hanc doctrinam ad exemplum §. *XIV. lit. d.* adductum *de non toleranda paſtura ouium in ſyluis.* In ius vocatur ex hac lege monaſterium quoddam, quod in *ſylua prouinciali* paſturam ouium per *immemoriale tempus* exercuit, quod actori opponit illudque probat. Sine dubio illud abſoluendum eſt; cum enim princeps ab obligatione legis per *priuilegium* eximere potuit monaſterium, hoc merito factum fuiſſe praeſumitur ex lapſu tanti temporis, cuius initii memoria deeſt. Quam ob cauſam in legibus Saxonicis ius braxandi nobili-bus

Digitized by Google

ciales hunc caſum vtplurimum excipere ſoleant: (II) immunitatem a collectis, tam inſigni vetuſtate probata, a principe conceſſam legitimo modo praeſumi: [m]) (III) regalia, quatenus per priuilegium priuatis concedi poſſunt, legitime conceſſa fuiſſe, probari vel producto priuilegio vel demonſtrata vetuſtate temporis, cuius initii deeſt memoria. [n])

§. XVIII. Quae cum ita ſint, fruſtra in litem vocatur et quaeritur: vtrum praeſcriptio immemorialis lege lata prohibitiua interrumpatur? Quia enim *interruptio* praeſupponit *praeſcriptionem*, per quam *acquiritur* ius vel dominium: illa minime applicari poteſt ad caſum vetuſtatis omnem

Fruſtranea quaeſtio de interruptione huius poſſeſſionis per legem latam.

Aaa 2

bus in fauorem *ciuitatum* interdictum eſt, niſi *priuilegio* vel *temporis immemorialis* praeſidio muniti fuerint, quae duo vel ideo coniunguntur, quod ex tempore immemoriali colligatur conceſſio olim facta.

[m]) Supra iam §. *XIII. lit. x. et z.* obſeruaui, nulla praeſcriptione hanc immunitatem obtineri poſſe: impetrari tamen per *priuilegium*, quod olim conceſſum fuiſſe his credibile eſt, qui vetuſtate *immemorialis temporis* muniti ſunt.

[n]) Hoc vlterius illuſtrat de WERNHER *cit. l. n.* 94. ex adductis principiis, et ſimul *n.* 106. *ſeq.* optime obſeruat, ſi in legibus prohibitiuis antiquiſſimis caſus *priuilegii* vel *immemorialis temporis* excipitur, hoc intelligi non poſſe de tempore legis *latae*, ſed *litis motae*. Si enim prius afferendum eſſet, probatio talis, tempore legis, ante duo ſecula forſan latae, poſſeſſorem iam immemorialis temporis poſſeſſione munitum fuiſſe, impoſſibilis foret et fruſtra caſus hic in legibus reſeruatus. Quia enim vetuſtas *immemorialis temporis* tantum eſt modus docendi titulum ſeu legitimam acquiſitionem, quocunque illa tempore allegetur et probetur, eadem ſemper praeſumtio oritur, quod hoc ius recte acquiſitum fuerit.

Tempus litis motae intelligitur, ſi de immemoriali tempore quaeritur.

Digitized by Google

omnem hominum memoriam excedentem, per quam tale ius non acquiritur, ſed legitime acquiſitum eſſe docetur. °)

quod diſtinctius illuſtratur.

°) Neque ergo etiam hoc caſu ei, qui praeſidio *immemorialis temporis* munitus eſt, iniungendum, vt probet, ſe ante tempus, quo *lex prohibitiua* lata, iam *immemoriali tempore* poſſediſſe ius, de quo quaeritur. Nam ita per indirectum omnis efficacia tempori immemoriali adimitur, et ad nihilum reducitur. Contra quamlibet legem priuilegium concedi poteſt, adeoque vel *expreſſe* vel *tacite* illud excipitur. Quando ergo *lex prohibitiua* fertur, aut illa eſt tantum *repetitio prioris legis vetuſtiſſimae* quo caſu per illam vetuſtati immemoriali nullum praeiudium adfertur: aut eſt *lex plane noua prohibitiua* de re ante in libertate ſingulorum poſita, veluti de paſtura ouium in ſyluis non excercenda; quo caſu rurſus inepte de interruptione quaeritur, quod tempore legis latae nullo *priuilegio* opus fuerit, ſed quilibet pro libertate ſua egerit, et ſic paſturam ouium in ſyluis exercuerit. Hac ergo inpoſterum prohibita, nihil prohibet, quo minus *ex poſtfacto* quis contra eam prilegium obtinere queat. Si vero hoc, nihil etiam prohibet, quo minus eum *priuilegio* munitum fuiſſe aſſeramus, qui *ex poſtfacto* immemorialis temporis poſſeſſionem pro ſe allegare et probare poteſt.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXIV.

AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

CVRSV PRAESCRIPTIONIS CONTRA MINORES SVSPENSO

OCCASIONE L. V. C. IN QVIBVS CAVS. RESTITVT. IN INTEGR. PET. NON EST NECESSE.

ARGVMENTVM.

I. Iudicium de opinionibus communibus. II. Hiſtoria vſucapionis, III. et praeſcriptionis. IV. Quatenus contra minores currat. V. Praeſcriptionum ſpecies. VI. Argumentum concernit curſum praeſcriptionis temporalis aduerſus minores. VII. Sententiae variae interpretum. VIII. Affirmantium argumenta. X. Eorum examen. IX. et XI. Minoribus iure nouo non currit longi temporis praeſcriptio. XII. ideoque nec vſucapio in hanc transformata. XIII. De conuentionali praeſcriptione ſententiae Doctorum. XIV. Iure antiquo minoribus currit, ſalua reſtitutione in integrum. XV. Iure nouo iis non currit. XVI. Teſtamentaria praeſcriptio minoribus non currit. XVII. Nec ſtatutaria et conſuetudinaria. XVIII. Principia generalia in hac doctrina. XIX. Tempus Bonorum poſſeſſionis iure nouo non currit contra minores. XX. nec quinquennium querelae inofficioſi teſtamenti. XXI. nec biennium exceptionis N. N. P. XXII. nec praetoriae praeſcriptiones. XXIII. Praeſcriptio currere incipit ab adepta maiori aetate. XXIV. Praeſcriptiones iudiciales contra minores currunt, ſalua reſtitutione.

Digitized by Google

XXV. vtrum annus petendae renouationis inueſtiturae aduerſus minores currat? XXVI. Nec, venia aetatis impetrata, contra minorem currit praeſcriptio. XXVII. De curſu praeſcriptionis aduerſus eccleſiam, ſalua reſtitutione. XXVIII. Quid interſit, vtrum minor ſit ipſo iure tutus, an ope reſtitutionis? XXIX. Longiſſimi temporis praeſcriptio aduerſus minores incipit et perficitur.

§. I.

Iudicium de opinionibus communibus earumque auctoritate.

Communi doctorum opinioni tantum plurimi tribuunt, vt eam fere vbique ſtrenue defendant, legisque ac veritatis inſtar ſequantur, ne perpendentes quidem, vtrum legum ipſarum menti, ſanaeque rationi conueniat, an refragetur. Praeterea hi quoque rarius a ſua opinione in viam veritatis trahi queunt, cum ſibi aliisque perſuadeant, ſe ab ea recedere non poſſe, quod communis opinio pro *lege* ſit habenda, MANTICA *de coniect. vltim. vol. L.* 6. *T.* 6. *n.* 11. vel, vt alii volunt, ſpecialem vim *conſuetudinis* nanciſcatur. BOCER. *de inueſtitura feud. c.* 5. *n.* 558. Vtrumque vero oppido falſum eſſe, quis dubitauerit? Nullibi enim in iure opinioni communi authenticae interpretationis vis tributa eſt, multo minus conſuetudinem ſimpliciter operari poteſt erronea opinio a Dd. defenſa. Conſtat quidem opinioni communi ſua auctoritas, ſed non tanta, quanta ei vulgo adſcribitur, nec aliter ea locum effectumque habet, niſi, vbi lex, circa quam verſatur, non ſatis eſt clara, idonea vero et probabilia afferri poſſunt argumenta pro ea, quam communiter Dd. ſequuntur, ſententia et interpretatione. Tunc demum magnus conſtansque Ictorum praecipuorum conſenſus operatur probabilitatem, ſcilicet, vt par ſit credere, legislatorem id voluiſſe. Simul vero

Digitized by Google

vero facile inde apparet, ei plane nihil eſſe tribuendum, vbi vel lex dubia non eſt, vel communis opinio rationabiliter erroris conuinci poteſt. Vnius enim doctoris ſententia ei tum praeualet, vt dicitur in *l.* 1. §. 6. *C. de veter. iur. enucl.* quia non tam ponderanda eſt multorum doctorum opinio, quam doctrinae ratio, vti recte ſentit ALEXANDER SPERELLVS *Deciſ. for. eccleſiaſt.* 122. *n.* 68. Haec vero, cum a plurimis ſint neglecta, inde factum eſt, vt a multis annorum decurſibus fuerint datae opiniones communes contra communes, quae tamen ſaepiſſime nihil aliud ſunt, quam errores communes. Origo tantae incertitudinis in eo ſine dubio eſt quaerenda, quod multi auctoritate inſignis famae lectorum ſe ita capi patiantur, vt occoecati eorum errores et doctrinas feliciter ſtrenueque ſequantur. Exemplum egregium ſuppeditat Dd. opinio *de obligatione faciendi*, vbi LAVTERBACH. *compend. ff. tit. de pact.* VNGEPAVER *Exerc. Iuſt.* 11. *q.* 2. et quos allegat, vnanimiter docent, quod ad faciendum obligatus, iuris Romani diſpoſitione, non praeciſe ad facti praeſtationem ſit obſtrictus, ſed propter alternatiuam obligationem liberetur, praeſtatione eius, quod intereſt. Probationem huius ſententiae patroni deſumunt ex *l.* 13. *ff. de re iudic. l.* 72. *et* 68. *de V. O.* quae leges tamen praeſupponunt terminos habiles, voluntque, vt in eius quaſi poenam, qui fidem non ſeruat, ſoluatur intereſſe, ſi vel actor poſt moram mauult habere id, quod ſua intereſt, vel debitor prorſus contumax et extreme pertinax eſt, vt ad factum promiſſum nullo modo poſſit compelli. Expeditum enim eſt, aliud pro alio regulariter creditori inuito non poſſe obtrudi. Hac ſtante iuris ratione aequiſſima, ei ſemper integrum eſſe debet, vtrum velit factum, ad quod ſe obſtrinxit, vrgere, et ſaltem in ſubſidium ad intereſſe agere, an vero hoc tantum petere malit. Conf. HVBER. *ad* *I. tit.*

Opinionis communis erroneae exempla.

Digitized by Google

I. tit. de V. o. §. 5. GROENEWEGEN *de LL. abrogat. ad l.* 13. §. 1. *ff. de re iud.* Itaque nec erit neceſſum, cum SCHILTERO *prax. I. R. Exerc.* 8. §. 2. diuerſitatem hic inter ius *Romanum* et *Germanicum* agnoſcere, obligationemque ad factum praeciſe praeſtandum ex iure Germanico petere. Fidem datam, quae priſcis Germanis ſemper ſancta fuit, nec apud Romanos, ſi ſtipulatio ſimiliſue contractus negotium firmauerat, fallere, vel alio, quam promiſſum erat, modo, promiſſum implere, licebat. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 98. §. 6. *de ſolut.* Eadem ratione plurimorum animos ea occupauit opinio, *dari implorationem officii iudicis*, vbi lex alias plane denegat omne remedium, aequum tamen interpretibus videtur, laeſo ſuccurri. Tenent hanc ſententiam praeter LAVTERBACHIVM tit. ff. *de condict. ex Leg.* WESENBEC. *paratit. L.* 4. *t.* 2. *v.* 3. aliique, quos in ſubſidium adducit. Sed hi omnes a vero legum ſenſu admodum longe recedunt. Quamuis enim in *l.* 49. *in fin. ff. Act. E. V. l.* 54. *locat. l.* 8. *de eo quod cert. loc.* iudicis officio quaedam tribuantur, exinde tamen peculiare quoddam remedium minime poteſt elici. Nam *dict. LL.* aliter nequeunt explicari, niſi de facultate iudici pedaneo data, quia, mota actione principali ex contractu bonae fidei, etiam vſurarum, et eius, quod intereſt, rationem habere debebat. Aſt ſeorſim ob ſolas vſuras agi non poterat, ſi debitum ex contractu iam erat extinctum. Quibus igitur LL. non ſuccurrunt, iis nec hodie iudex ex aequitate quadam in iure haud approbata opem ferre poterit, arbiter enim legum non eſt, ſed miniſter, et quod vna via eſt prohibitum, altera conceſſum eſſe non debet. Cui accedit, quod pleraeque iurium diſpoſitiones eludi poſſent, ſi promiſcuus ille ad officium iudicis recurſus concederetur, vbi ex *lege* facultas experiundi non amplius ſupereſt, et tamen aequitas quaedam allegari poteſt. Non leuiter qui-

Digitized by Google

quidem communis opinio ſuffulta eſt iure canonico, quod ex ſingulari, quam dicitur obſeruare, aequitate, largitur implorationem iudicis eccleſiaſtici, ſi de iure ciuili laeſo nullum ſuppetit remedium, ne, qui victor in lite fuit, in peccato haereat permaneatque. Sed cum inter proteſtantes merito ea principia, quae iudicem ſecularem eccleſiaſtico ſubordinant, ſubiiciuntque, reprobentur, et imploratio iudicis eccleſiaſtici ſeu *denunciatio euangelica* nõn ſit, aut debeat eſſe in vſu, prout oſtendit THOMAS. *diſſ. de vſu practic. denunc. euangel.* §. 29. *ſeq.* nec his concluſionibus amplius puto eſſe inhaerendum. Aliud occurrit exemplum opinionis communis erroneae in *praeſcriptione hereditatis petitionis contra liberos*, vbi rurſus magna interpretum doctorumque turba contendit, eam liberis ad petenda bona paterna vel materna intra 90. annos competere. Sed actionem illam 30. annorum lapſu exſpirare, nuper admodum optime et ex veritate oſtendit LVDOVICI *diſſ. de praeſcript. nonagenar.* Plura eiusmodi ſpecimina ſententiae communis proferri poſſent in medium, niſi me meditatio avocaret ad thema quoddam controuerſum, in quo itidem prouocari ſolet ad auctoritatem communis opinionis, unde tamen parum lucis ei afferri poteſt. Tangit illud *curſum praeſcriptionum contra minores*, quem abſtrahendo ab omni communis opinionis efficacia, ſecundum leges rationesque iuris examinabo, oſtendamque, ſine hoc adiumento in quauis quaeſtione feliciter nodos ſolui poſſe.

§. II. Vt autem omnia planiora reddantur et expeditiora, pauca ex hiſtoria iuris antiqui praemittemus. Leges Romanas cum ſtatu reipublicae ſaepius mutatas fuiſſe, tralatitium eſt, non ergo mirandum, ſi etiam vſucapionum praeſcriptionumque diuerſitas iurium appareat. *In ſtatu populari et monarchico* diu obtinuit tempus legibus decemviralibus conſtitutum, quod erat annale in mobilibus, bien- *Vſucapionis hiſtoria.*

 nale

nale in immobilibus, prout praeter Imperatorem in *pr. I. de vſucapion.* teſtatur CICERO *in Topicis: Quoniam vſus auctoritas fundi biennium eſt, ſit etiam aedium: at in lege aedes non appellantur, et ſunt ceterarum rerum, quarum annuus eſt vſus. Valeat aequitas, quae paribus in cauſis paria iura deſiderat.* Hoc tempore Romanum imperium anguſtioribus terminabatur limitibus, ciuesque Romani tot latifundia per diuerſos terrarum tractus diſperſa haud poſſidebant; ſuis ſe potius poſſeſſionibus continebant, adeoque non plus temporis eſſe iis, qui in res ſuas facile inquirere poterant, indulgendum credidere. Atque hac vſucapione acquirebatur *dominium Quiritarium.* Erat enim ratione rerum *immobilium* inſignis differentia inter praedia, quae vel *Italica*, vel *prouincialia*, erant. Illa ad *res mancipi* pertinebant, quae in pleno prorſus dominio erant ciuium Romanorum. Haec, quae deuictis gentibus relicta erant, *nec mancipi* dicebantur, quod poſſeſſores proprietatem et *dominium Quiritarium* non haberent, ſed facultatem tantum fruendi, vel *dominium quoddam bonitarium.* RAEVARD. ad *LL. 12. tabb. c. 12. et lib. 1. var. c. 5.* Illa tantum *vſucapione* acquirebantur, non item haec, quia in haec *dominium Quiritarium* non cadebat. *l. un. C. de transform. vſucap.* Huc PAVLVS in *l. 12. §. 2. de public. in rem act.* collineat, et, *in vectigalibus*, ait, *et in aliis praediis, quae vſucapi non poſſunt,* (qualia erant ſtipendiaria et tributaria, prouincialibus relicta) *Publiciana competit.* In *mobilibus* ſecus erat, quorum dominia vſucapione acquirebantur, ſiue eſſent *mancipi* ſiue *nec mancipi*, quem in ſenſum accipi debet VLPIANVS *in fragm. tit.* 19. §. 8. vt tum coaetaneus PAVLVS innuit, tum etiam obſeruat SCHVLTINGIVS *ad cit. l. in iurispr. anteiuſtinian. p.* 622.

Origo praeſcriptionis

§. III. Paulatim vero tum edictis praetorum, tum conſtitutionibus principum *longi temporis praeſcriptio* inualuit, quae

quae inter praeſentes decennio, inter abſentes vicennio, abſoluebatur, teſte PAVLO *lib.* 5. *ſent. tit.* 2. §. 3. hoc maxime conſilio, vt in iis rebus, quae vſucapi non poſſent, ad minimum *longae poſſeſſionis praerogatiua* effectum quendam haberet, vt in rebus *nec mancipi*, et in quibus alias iuris praetorii auxilium deſiderabatur. *l.* 3. *in f. de acq. vel amitt. poſſ.* Haec praeſcriptio ad minimum poſſeſſoribus *exceptionem* tribuebat, vt, licet non dominium Quiritarium nanciſcerentur, tuti tamen exceptione hac eſſent ab omni impetitione. Quid enim aliud eſt *praeſcriptio*, quam exceptio? Vnde *vſucapio* de *annali* et *biennali* tempore praedicabatur, et tempore VLPIANI minime ſublata erat, vt ipſe *in fragm. tit.* 19. §. 8. teſtatur: praeſcriptio *longi temporis*, de decennii et vicennii poſſeſſione. PAPINIANVS in *l.* 11. *de diu. et temp. praeſcript.* euidenter adhuc haec duo diſcernit, oſtenditque falſum eſſe, quod *poſſeſſio longi temporis* in locum *biennii*, vſucapioni praeſtituti, ſurrogata ſit, vt RAEVARDVS *in Triboniano* euincere auſus eſt. Diſtinguit quoque eadem CAIVS in *l.* 54. *pr. de euict.* et imperatores in *l.* 2. *C. in quib. cauſ. ceſſat long. temp. praeſcr.* clare fatentur, *vbi vſucapio locum habeat, ad quaeſtionem longi temporis praeſcriptionis ſuperfluo perueniri*, quorſum etiam iidem collineant in *l.* 1. *C. de ſeru. fugit.* Inde quamvis in *ſeruitutibus* vſucapio locum non haberet, *l.* 4. §. 29. *de vſurpat.* longae tamen poſſeſſionis praerogatiua poſſeſſoribus non ſemper denegabatur. *l.* 5. §. 3. *de itin. actuque priu. l.* 10. §. 1. *de vſurp. l.* 10. *ſi ſeru. vind.* Breuiter, in rebus *mobilibus* ſimpliciter *vſucapio annalis* locum habebat, *l.* 2. *C. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp. praeſcr.* nec longi temporis praeſcriptio deſiderabatur, niſi forſan immobilibus cohaererent, *l.* 3. *de diuerſ. et temp. praeſcr. l.* 9. *eod.* quo caſu iure immobilium cenſebantur: in *immobilibus* non indiſtincte locum habebat biennii vſucapio, *l.* 12. §. 2. *de Public.* *in*

longi temporis.

Digitized by Google

in rem act. multo minus in ſeruitutibus. Effectus tamen *longae poſſeſſionis* poſſeſſoribus his non denegabatur, vt, vbi *biennii* ceſſaret *vſucapio*, longae poſſeſſionis exceptio vel praeſcriptio, vel praerogatiua, vt dicitur *l.* 3. *l.* 5. §. 1. *l.* 12. *de diu. temp. praeſcript.* locum haberet, qua ad minimum in poſſeſſione tuti erant poſſeſſores ab omni impetitione, *l.* 76. §. 1. *de contrah. emt.* licet *dominium Quiritarium* haud acquirerent, niſi ſpeciatim id conſtitutum eſſet a principe. *l.* 18. *de vſurpat.*

Diſcrimen inter vſucapionem et longi temporis praeſcriptionem.

§. IV. Praeter adductas differentias erat quoque haec inſignis differentia inter *vſucapionem biennii* et *longi temporis praeſcriptionem*, quod illa olim contra quemcunque etiam impeditum curreret, ſalua tamen quandoque reſtitutione in integrum. §. 5. *I. de action.* Imo ne quidem excipiebantur minores, *l.* 2. §. 15. *pro emtor.* quibus tamen rurſus ſuccurrebatur reſtitutione in integrum. *l. vn. C. ſi adu. vſucap.* Tantum pupilli ſpecialiter excepti erant, contra quos vſucapio non currebat, *l.* 18. *pr. de acquir. rer. dom. l.* 10. *quemad. ſeru. amitt. l.* 4. §. 24. *de doli et met. except. l.* 2. §. 15. *pro emt.* quod etiam obſeruat CICERO *lib.* 1. *epiſt.* 10. *ad Attic. mirabamur te ignorare de tutela (in qua dicitur eſſe puella) nihil vſucapi poſſe,* quippe qui erant in peculiari defenſione reipublicae. *l.* 2. §. 1. *ne de ſtat. defunct.* Aſt longi temporis vel poſſeſſionis exceptio vim non habebat nec currebat contra abſentes reipublicae cauſa vel aliter impeditos, *l.* 4. *C. quib. non obi. long. temp. praeſcr.* quin etam quieſcebat contra minores, vt diſertis verbis dicitur in *l.* 3. *C. eod. Non eſt incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmiſſum eſt, longi temporis praeſcriptioni non imputari: ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei peruenit.* Idem quoque GORDIANVS cenſuit in *l.* 1. *C. ſi quis ignor. rem. min.* et, *ſi vero,* ait,

Digitized by Google

ait, *vt ſuum diſtraxit, ignoransque rem alienam emtor comparauit, neque ſtatim per traditionem poſſeſſionis dominus effectus, ſed tantum aduerſus te ſtatuti temporis (cum legitimae aetatis eſſe non diffitearis) poteſt vti praeſcriptione.* Idem non obſcure colligi poteſt ex *l.* 4. *C. eod.* et *l.* 3. *C. ſi mai. fact. al.* vbi tantum imperator *praeſcriptionis tempora* pro diuerſitate tituli immutanda eſſe cenſuit. Praeter *longae poſſeſſionis* praeſcriptionem, adhuc aliae *temporales praeſcriptiones* erant, quibus aliae actiones excludebantur, quae quandoque minoribus non currebant, quandoque vero eis currebant. Illuc pertinebat praeſcriptio quinquennii, quae non currebat liberis contra querelam inofficioſi teſtamenti, *l.* 2. *C. in quib. cauſ. in integr. reſtit.* Similiter a quinquennii praeſcriptione, fiſco tributa, exceptae erant res minorum, vt colligitur ex *l.* 3. *C. ſi adu. fiſc.* iuxta edictum D. MARCI, cuius etiam fit mentio in §. *vlt. I. de vſucap.* Huc longe plures pertinuiſſe videntur, quod innuit imperator in *l. f. C. in quib. cauſ. reſt.* aſſerens, quasdam *iure veteri* praeſcriptiones fuiſſe temporales, quae contra minores currerent. Videntur eae duplicis generis fuiſſe: quaedam ſimpliciter currebant contra minores, ſine vlla ſpe reſtitutionis in integrum; quaedam vero eam admittebant. Ad illas pertinebant, quae magis vindictam ſpirabant, quam intereſſe patrimonii ſectabantur, vt actio iniuriarum intra annum omiſſa, *l.* 37. *pr. de minor.* accuſatio, qua intra 60. dies maritus *iure ſuo* vti poterat, *cit. l.* §. 1. actio, qua intra quinquennium de ſtatu defunctorum experiri minores poterant, *l.* 2. §. 1. *D.* et *l.* 6. *C. ne de ſtat. def.* quae actiones admodum odioſae erant, et hac de cauſa ſimpliciter praeſcriptio currebat contra minores. Ad has referri poſſunt, 1) praeſcriptiones iudiciales, proceſſum tangentes, *l.* 7. §. 11. et 12. *D. de minor. l.* 1. *C. ſi ſaep. reſtit. in integr. l.* 13. *in f. C. de iudic.* 2) teſtamentariae, *l.* 3. §. 8. *D. de*

Praeſcriptionum temporalium antiqua ratio.

Quaedam praeſcriptiones olim currebant contra minores ſine ſpe reſtitutionis,

Quaedam cum ſpe reſtitutionis.

Digitized by Google

D. de minor. 3) conuentionales, *l.* 38. *de minor.* imo 4) exceptio non numeratae pecuniae, vt colligi poteſt ex *l.* 5. *C. in quib. cauſ. reſtit.* quod IVSTINIANVS demum *noua ſanctione* correxiſſe videtur, 5) tempora bonorum poſſeſſioni praeſtituta. *l.* 2. *C. ſi vt omiſſ. hered.* In his itaque an ius vetus correxerit IVSTINIANVS in *cit. l.* 5. et contra minores non currere praeſcriptiones tales temporales poſterioris generis cenſuerit, penitius hic inquirendum. Hoc ex antea dictis iam planum expeditumque eſt, cum in *l. vn. C. de transform. vſuc. vſucapio et praeſcriptio longi temporis* confuſae ſint, minores quoque non amplius, vt olim, indigere reſtitutione, ſed ipſo iure tutos eſſe, nam id ipſum praeſcriptioni longi temporis, in quam vſucapio transfuſa eſt, iam olim datum fuit, vt ita *l. vn. C. adu. vſucap.* vires ſuas amiſerit, prout infra §. 12. paulo plenius illuſtrandum erit. Haec ſunt fata huius doctrinae admodum inuolutae, quam cum non ſatis euoluerent interpretes, varios fluctus circa *l.* 5. *C. in quib. cauſ. reſt. in integr.* mouerunt, qui tamen iuxta ea, quae dicta ſunt, facile ſedari poſſunt.

Variae praeſcriptionis ſpecies.

§. V. Vt vero mens IVSTINIANI eo euidentior euadat, praemittendum eſſe arbitror, quod praeſcriptio communiter alia vocetur *longi temporis*, quae in rebus mobilibus eſt triennium, in immobilibus inter praeſentes 10. inter abſentes 20. annorum; alia *longiſſimi temporis* 30. vel 40. annorum. Illam nomine *temporalium praeſcriptionum* etiam venire, docet rubrica *tit. l. de perpetuis et temporalibus actionibus*, praeterea vero inde liquet, quod in *tit. ff. de diuerſis temporalibus praeſcriptionibus* plus vna vice *longae poſſeſſionis* vel *longi temporis* mentio fiat, eiusque iura ibidem in *l.* 3. 5. §. 1. *et* 13. plenius tradantur. Conf. PEREZ *ad. l. vlt. in quib. cauſ. reſt.* Alias vero in ſpecie *temporales* dicuntur, quae ex ſolo tempore, quo quis non egit, ſumuntur, et regulariter minoribus terminis ſunt incluſae. *l.* 10.

Digitized by Google

l. 10. *ff. de diuerſ. temp. praeſcr.* conf. PARLADORIVS *rer. quotidian. L.* 1. *c.* 4. *n.* 7. Ex originis diuerſitate hae praeſcriptiones *ciuiles*, *praetoriae*, *teſtamentariae*, *ſtatutariae* vel *conſuetudinariae* appellantur, prout oriuntur vel ex iure *ciuili*, vel *praetorio*, vel *teſtamentis*, vel locorum *ſtatutis* et *conſuetudinibus* peculiaribus. Addi eis quoque debent illae praeſcriptiones, quae veniunt nomine *legalium* vel *conuentionalium*. Hae conſtituuntur ab ipſis contrahentibus, vt *in l.* 38. *ff. de minor. l.* 2. *ff. de L. commiſſ. l.* 1. *ff. de addict. in diem*, illae determinationem a lege accipiunt.

§. VI. Tendunt iſtae praeſcriptiones quandoque aduerſus *minores*, quandoque aduerſus *pupillos*. Contra hos, quatenus habeant effectum, ex antea dictis liquet, nec de hoc articulo adeo inquirendum, cum omnibus ea ſtet ſententia, pupillos aduerſus praeſcriptionem tam *longi*, quam *longiſſimi temporis*, eſſe ipſo iure tutos, nec egere reſtitutione in integrum, excepta ſola *iudiciali* praeſcriptione, per *l.* 13. *in f. C. de iudic.* conf. BALB. *de praeſcript. P.* 1. *c.* 6. *n.* 39. Num vero itidem temporalis praeſcriptio *nouo iure* aduerſus *minores* ſuſpendatur et non currat, magna inter Dd. lis eſt. Euoluemus expediemusque igitur hoc loco, quid de *praeſcriptionis* curſu aduerſus puberes, quamdiu 25. aetatis annum nondum impleuerunt, ſit dicendum, et num *longi temporis vel in genere temporalis praeſcriptio* nouo iure, minori aetate durante, contra eos itidem, vti contra pupillos, prorſus ita ſuſpendatur, vt ne quidem (quod plurimi interpretum aſſerunt, vel, vt DVARREVS ad *cit. l. f.* ait, fingunt) ab anteceſſore eius inchoata, aduerſus eum continuetur? Mentionem hic non facimus *longiſſimi temporis praeſcriptionis*, cum de illa propter *l.* 3. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* non tantae occurrant ambiguitates, et a plerisque concedatur, quod coepta non tantum contra eos continuetur,

Status controuerſiae.

Digitized by Google

tur, ſed currere etiam nouiori iure incipiat, hinc de illa §. *vltimo* breuiter diſſeremus.

Aliorum opiniones de curſu praeſcriptionis longi temporis.

§. VII. Plerique id negant: pauciores affirmant, ita vt fere communior ſententia pro illis militare videatur. Id ſcilicet negantes intendunt, inchoatam praeſcriptionem contra minores currere, nec curſum ſuſpendi, non tamen contra eos inchoari praeſcriptionem. Equidem admittunt praeterea, minoribus, ad bonorum ſuorum conſeruationem, dandum eſſe reſtitutionis remedium, aduerſus *praeſcriptionem* in perſona maioris inchoatam; ſed iidem minorum iura nihilominus magnopere turbant, quod illis, non niſi, mediante reſtitutione, poſſe ſuccurri, aſſirment, eosque ipſo iure tutos pronunciare nolint. De *longi temporis praeſcriptione* hanc ſententiam inprimis tenent BARTOL. *ad L. Etiam. ff. de minor.* BALDVS *in l. fin. C. in quib. cauſ. reſt. in integr. n.* 1. 2. BALBVS *de praeſcript.* part. 1. *c.* 6. n. 34. Putat hic, *l. fin. C. in quib. cauſ.* intelligendam eſſe de praeſcriptione, contra minorem demum *inchoanda*, quia tunc praeſcriptio *legalis* contra minores non currit; minime vero de praeſcriptione cum defuncto *inchoata* et contra minorem ſucceſſorem continuanda, cum in praeſcriptione initium ſit inſpiciendum, quod ſuadere videntur verba *cit. l.* 5. *ibi: ab initio.* Idem aſſerunt SVRDVS *Dec.* 4. *n.* 16. GVID. PAPA *Dec.* 31. GILKEN *de vſucap. et temporal. praeſcr. P. III. c.* 1. *n.* 63. qui itidem diſtinguit inter praeſcriptionem cum defuncto *coeptam*, et eam, quae a minore inchoatur, vt adeo minor in hac quidem ipſo iure ſit tutus, non vero in illa. Eandem ſententiam fouent ZANGER. *de except. P. III. c.* 10. *n.* 62. *ſeq.* cum aliis, quos allegat, GALESIVS *de reſtit. in integr. c.* 2. *n.* 203. MEIER *C. Iur. A. L.* 41. *T.* 3. §. 9. TVSCH. *Concluſ. pract. Tom.* 6. *n.* 11. LVCA *de iudic. Diſc.* 21. *n.* 38. nec non BRVNNEMANNVS ad *l.* 3. *C. in quib. cauſ. reſt. in integr.* STRVV. *in iuriſpr. Rom. Ger-*

Digitized by Google

German. lib. 2. *tit.* 9. §. 8. *in f.* pluresque alii, quos hic adducere non eſt neceſſe.

§. VIII. Vtuntur hi auctores pro ſuae ſententiae probatione variis legibus, inprimis vero multum auxilii quaerunt in *leg.* 45. *ff. de minor.* vbi LABEO ait: *Etiam ei, qui prius, quam naſceretur, vſu captum amiſit, reſtituendam actionem.* Similiter in ſupra *cit. l. vn. C. ſi aduerſ. vſuc. contra eos, qui res minorum tenent, ſi vſucapione dominium acquiſerint, reſtitutionis auxilium eis decerni debet;* id quod de vſucapione contra minores *continuanda* intelligendum eſſe, putant. Nonnulli etiam prouocant ad *l.* 13. §. *vlt. C. de iudic.* trahuntque ad ſuam vtilitatem verba IVSTINIANI ita ibi ſancientis: *Sin autem non ſufficiat pupillis vel minoribus eorum (tutorum et curatorum) ſubſtantia, tunc in id, in quo fuerint detrimentum perpeſſi, placuit in integrum reſtitutionis auxilium eis ſupereſſe.* Adiiciunt his plurimi ex *Nou. l. c.* 4. §. 1. *pupillis autem et minoribus aetate, nihil noſtra praeiudicat lex; eſt enim eis, ſi quidem ſecundum dictas cauſas laedantur, duplex quoddam remedium et per reſtitutiones, et per viam contra negligentes tutores et curatores.* Et vt omnia breuiſſimis perſequar, prouocant ad illa iura, quae ſupra iam ſunt adducta, ſecundum quae eam diſtinctionem obtinuiſſe credunt, aſſeruntque, ea iure nouo non eſſe mutata.

Leges, in quibus diſſentientes ſe fundant.

§. XI. Verum nec olim hanc diſtinctionem obtinuiſſe, ex ſupra adductis fatis *praeſcriptionis* et *vſucapionis* liquet. Id tamen non negamus, circa *minores*, veteres varie diſtinxiſſe, prout dictincte iura vetera relata ſunt, adeoque hic potius inquirendum: annon ius vetus circa minores IVSTINIANVS prorſus ſuſtulerit, et minores pupillis exaequauerit, vt ſint ipſo iure tuti, non habita diſtinctione cerebrina et ficta, vtrum contra eos demum incipiat, an coepta continuanda ſit? Id affirmandum eſſe, cenſeo, et

Leges pro noſtra ſententia.

Digitized by Google

hunc in finem prouoco *ad l. vlt. C. in quib. cauſ. reſt. in int. non eſt nec.* vbi Imperator ait: *Sancimus fauore imperfectae aetatis, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum reſtitutionem expectamus, aliquod emergat obſtaculum, per quod huiusmodi beneficio minor vti non poſſit, ne ſubſtantia eius ſubvertatur. Sed humanius eſt, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus caſibus, in quibus vetera iura, currere quidem temporales praeſcriptiones aduerſus minores, conceſſerunt, per in integrum autem reſtitutionem eis ſubveniebant, eas ipſo iure non currere; melius etenim eſt intacta eorum iura ſeruari, quam poſt vulneratam cauſam remedium quaerere: videlicet exceptionibus* 30. vel 40. *annorum in ſuo ſtatu remanentibus.* Declarant haec legis verba, imperatorem minoribus ſingulari ratione voluiſſe ſubvenire, *iuraque vetera* mutare, quatenus contra minores admittebant curſum praeſcriptionum, et iis reſtitutione iterum ſuccurrebant. Id argumentis ſequentibus corroborabo: (1) non loqui IVSTINIANVM *in cit. l.* 5. tantum de eo caſu, quo inchoanda eſt praeſcriptio *temporalis* vel *longi temporis* contra minores, vel inde liquet, quia ſanctio ipſa eſt generalis et ratio ad vtrumque caſum quadrat. Nec vllo indicio oſtendi poteſt, veteri iure, quod hic corrigit imperator, hanc diſtinctionem obtinuiſſe. (2) Verba *cit. l.* 5. initialia oſtendunt, imperatorem lege ſanciuiſſe *antehac* (quod verba: *ab initio*, denotant, *obſeruante* GOTHOFREDO *ad cit. l. lit. S.*) exceptionem non numeratae pecuniae minoribus non currere; quod generaliter, et ſic etiam de coepto praeſcriptionis curſu intelligendum eſſe, vel ratio adducta docet, quae in *fauore imperfectae aetatis* collocata eſt. (3) Adiungit IVSTINIANVS, ſe eandem legem, latius extendere, vel extenſiua interpretatione illuſtrare, et in omnibus caſibus, in quibus *vetera iura* currere temporales

Expoſitio l. cit. 5. C. ſ. in quib. cauſ. reſtit. in int.

Digitized by Google

rales praeſcriptiones aduerſus minores conceſſerunt, ſalua reſtitutione in integrum. Tollere itaque euidenter voluit *iura antiqua*, et quidem quoad *praeſcriptiones temporales*. Quae vero ea iura antiqua fuere? Non alia, quam ſupra §. IV. adducta, quae curſum permittebant vſucapionis biennii, aliarumque praeſcriptionum temporalium, reſtitutionem autem in integrum contra illum concedebant. Hic eſt ſimpliciſſimus huius legis ſenſus, vt ad eam, tanquam ad deciſionem nouam, merito recurrendum ſit. Vnde facile colligi poteſt, quod hodie minores ſint ipſo iure tuti, tam aduerſus *temporales* ſtricte ſic dictas, quam aduerſus *longi temporis praeſcriptionem*, quia etiam haec ſub temporalium nomine venit, vti §. V. oſtendimus.

Reſponſiones ad diſſentientium argumenta.

§. X. Leges, quas diſſentientes afferunt, nihil plane euincunt, nec vllo modo noſtram ſententiam conculcant. Praeter id enim, quod *lex cit.* 45. *ff. de minor.* ius antiquum contineat, peculiari etiam nititur ratione, quod ibi vſucapio aduerſus eum tendit, de quo nondum certo conſtat, an etiam ſit extiturus, quare vſucapionis curſus impediri vel ſiſti non debuit, poſtquam bonae fidei poſſeſſor eam ante natiuitatem poſthumi impleuit. Accedebat haec quoque ratio, qua ICti ex ſtoicorum doctrina imbuti erant, hominem nondum editum, hominem non eſſe, *l.* 9. *ad. L. Falcid. l.* 1. §. 1. *de ventr. inſpic. l.* 2. *de mort. infer.* indeque colligebant, commercium iuris cum iis nondum eſſe, quo poſito, vſucapio contra nondum natos perfici debuit. Maius adhuc pondus videtur eſſe *in l. vn. C. ſi aduerſ. vſuc.* pro cuius textus conſeruatione admodum ſolliciti ſunt, vt non mirandum ſit, Dd. eam diuerſo modo explicare. vid. BARTOL. *ad C. tit. in quib. cauſ. reſt.* BALBVS *de praeſcript. p.* 1. *c.* 6. *n.* 37. WISSENBACH. *comment. ad l. vn. cit.* et BRVNNEMANN. *ad eund. text.* Verior vero omnino eſt ea ſententia, quam etiam ſupra iam adduxi, legem il-

 lam

Digitized by Google

Iam de veteri iure loqui, quo *vſucapio biennii*, quae eo tempore adhuc obtinebat, currebat contra minores, adeo, vt coepta curreret, et contra eos inciperet, et hinc eſt, quod dicitur *in l. vn.* minores debere reſtitui, quod hodie per IVSTINIANI ſanctionem in *l. cit. fin. C.* abrogatum, et conſequenter *cit. lex vn.* correcta eſt. BACHOV. *ad Treutl. Vol.* II. *Diſp.* 22. *H.* Imprudentiae collectorum vtique imputandum, quod tot leges ſibi derogantes ſine iudicio corraſerint, quae interpretibus poſtea grauiſſimas pepererunt difficultates, id quod in pluribus aliis locis quoque factum eſt. Nec magis iis, qui a contrariis ſtant partibus, patrocinatur *l.* 13. §. *vlt. C. de iudic.* Diſponit enim Imperator eo loco tantum de *lite* poſt *triennium* ipſo iure extincta, et de *praeſcriptione iudiciali*, cuius eam eſſe naturam, voluit imperator, vt propter *integritatem iudicii* etiam contra *pupillos* et *minores* extra ordinem currere queat, ſaluo reſtitutionis in integrum beneficio ſubſidiario. Voluiſſe enim in hac praeſcriptione ſingulare quid vel exceptionem conſtituere imperatorem, vel inde liquet, quod etiam contra *pupillos* id triennium currere conceſſerit, vt eo citius lites finirentur. Caeterum IVSTINIANVM huius nouae deciſionis non fuiſſe in ſpecialibus caſibus ſemper memorem, duo textus grauiſſimi oſtendunt. Alter occurrit in *Nou.* 1. *c.* 4. §. 1. alter vero in *Nou.* 100. §. 2. In priori agitur de annali ſpatio, intra quod heres ſub iactura iuris hereditarii legata praeſtare iubetur. An vero currit hoc ſpatium pupillis et minoribus? quis hoc aſſereret, maxime vero quoad *pupillos?* et tamen nihilominus id ſupponit IVSTINIANVS, concedendo vel reſtitutionem in integrum, vel actionem contra tutores. Sine dubio TRIBONIANVS non memor fuit, nec iuris *veteris* quoad *pupillos*, nec *noui* quoad *minores*, ſecundum quod potius dicendum erat, praeſcriptionem illis non currere. Pro ſaluando Imperatore dicendum

Digitized by Google

dum eſt, hic conſtitutam eſſe exceptionem, cuius rationem forſan nemo hactenus detexit, quia, ſi dicendum, quod res eſt, TRIBONIANVS errauit. In altero textu agitur de exceptione *non numeratae dotis*, quae contra *minores* currere minime debebat iuxta *l.* 5. *C. in quib. cauſ. reſt.* Quod enim ibidem ſpeciatim de *exceptione non numeratae* pecuniae et generatim de *praeſcriptionibus temporalibus* conſtituerat, omnino huc trahi debuiſſet, ſi eius adhuc memor fuiſſet TRIBONIANVS. Dic enim, ſi vir es, differentiae rationem genuinam, aut exceptionis probabilem cauſam, quare in hoc caſu currere debeat praeſcriptio, ſalua reſtitutione. Ita mirifice omnia conturbata ſunt, vt interpretes, quo ſe vertant, neſciant. Nihil ergo reſtat, quam vt dicant, hic rurſus adeſſe exceptionem.

Noſtra ſententia de curſu longi temporis praeſcriptionis ſecundum ius nouum.

§. XI. His ita perpenſis et excuſſis, ſtandum eſſe reor regulae *in cit. l.* 5. traditae, et aſſerendum, nouo iure regulariter longi temporis praeſcriptionem contra minores plane ceſſare, et quieſcere, vt ne opus quidem habeant reſtitutione in integrum, ſed ipſo iure tuti ſint. Hoc poſito, praeſcriptio impeditur et quieſcit, ſimulac minor rei dominus eſt factus, et demum continuatur poſt annum 25. impletum, vt adeo tempus, quod medium fuit, non computetur in longi temporis praeſcriptione, aliisque temporalibus praeſcriptionibus. Adſtipulantur huic ſententiae STRVV. *S. I. C. exerc.* 43. *th.* 10. BACHOV. *ad Treutler vol.* 11. *diſp.* 22. *lit. H.* PEREZ *comment. ad Codic. L.* 2. *t.* 41. *n.* 4. LVDEKING. *de vſucap. et praeſcr. rer. et tempor. c.* 4. *n.* 43. CORNEL. *van* ECK *princip. iur. p.* 206. ODDO *de reſtit. in int. q.* 88. *A.* 2. *n.* 2. CVIAC. *ad L. ait praetor. de minor.* Videtur his etiam accedere CARPZOV. *P.* 2. *C.* 9. *def.* 2. vbi indiſtincte affirmat, legales praeſcriptiones, quae 10. vel 20. annis abſoluuntur, contra minores non currere.

Digitized by Google

In praxi hodie idem obtinere, teſtatur LAVTERBACH. *coll. theor. pract. L.* 41. *tit.* 3. §. 24. docetque praeiudiciis, in camera imperiali aliquoties ita eſſe pronunciatum.

Transformatae vſucapionis ratio. §. XII. Dicendum nunc ſpeciatim eſt de variis temporalibus praeſcriptionibus, quas inter primo loco occurrit vſucapio transformata. Olim ſane *vſucapio biennii* currebat contra minores, non *longi temporis praeſcriptio*, vt ſupra dictum. IVSTINIANVS vero transformauit vſucapionem, et iura vtriusque ita confudit, vt *vſucapio* et *longi temporis praeſcriptio* paria iura habeant. Cum itaque *vſucapio biennii* prorſus ſublata, et ad regulas *praeſcriptionis longi temporis* compoſita ſit in *l. vn. C. de transform. vſuc.* merito quoque dicendum eſt, id hodie in *vſucapione* iuris eſſe, quod olim obtinuit in *longi temporis praeſcriptione*. Hanc vero olim nec minoribus cucurriſſe, ſupra diximus. Nec aſſeri poteſt, iura *vſucapionis* in hac *transformatione* potius conſeruata eſſe, quia ex *cit. l. vn.* conſtat, vſucapionem aſſumſiſſe naturam *praeſcriptionis longi temporis*, et, quod in hac iuris fuit, ad vſucapionem translatum eſſe. Liquidum ergo eſt, nec hodie currere *minoribus vſucapionis*, vel *praeſcriptionis longae poſſeſſionis tempora*, nec diſtingui debere, vtrum contra minores demum incipiat, an contra eos iam inchota continuanda ſit, quippe quam diſtinctionem ius et *vetus* et *nouum* ignorat.

De conuentionali, an currat contra minores. §. XIII. Maior occurrit difficultas in *conuentionali temporali* praeſcriptione, intuitu cuius fere omnes adeo conſpirant Dd. vt nefas videatur ab eorum aſſertione, vnanimi conſenſu confirmata, recedere. Et ſi communis opinio legis vel conſuetudinis vim nanciſci poſſet, inter exempla eius praecipua, haec de *conuentionali praeſcriptione* opinatio, ſine dubio collocari deberet. Aſſerunt ſcilicet, praeſcriptionem illam in defuncti perſona coeptam, continuari in perſona ſucceſſoris minoris, et quidem ſine reſtitutione. Sic

Digitized by Google

Sic docent BARTOLVS *ad L etiam ff. de minor.* PAVL. *de* CASTRO *ad l. fin. C. in quib. cauſ. reſt. n.* 2. GALES. *de reſtit. in integr. c.* 2. *n.* 88. ODDVS *de reſtitut. in int. q.* 88. *A.* 2. *n.* 32. 34. TIRAQVELL. *de retract. conuention. T.* III. *gl.* 2. *n.* 3. BRVNNEMANN. *ad C. l.* 15. *in quib. cauſ. reſtit. n.* 10. FABER *ad C. l.* 2. *tit.* 20. *def.* 2. DVAREN. *ad init. l. fin. C. in quib. cauſ. in int.* et qui ſunt alii. Quidam tamen ex his ſententiae ſuae certos limites ponunt, reſtitutionemque in integrum contra *conuentionalem praeſcriptionem* concedunt, 1) ſi quid cum minore fuit geſtum, *v. c.* quod minor ex contractu defuncti fuerit interpellatus, et in mora conſtitutus, BARTOL. *ad. l.* 38. *ff. de minor.* 2) ſi minor tempus in pacto defuncti adiectum ignorauit, et inde praeſcriptio impleta eſt. ODDVS *l. c. q.* 86. *A.* 2. *n.* 1. *ſqq.* MAVRIT. DOLAN. *c.* 98. *n.* 2. THESAVR. *dec.* 103. *n.* 4. GILKEN. *l. c. p.* III. *c.* 1. *n.* 29. His accedit etiam BALB. *de praeſcript. p.* 3. *c.* 6. *n.* 32. vbi huius praeſcriptionis curſum ad eum quoque caſum extendit, ſi ex contractu defuncti a minore coepta eſt. Recedit ab eorum traditis BACHOV. *ad Treutl. V.* II. *diſp.* 22. *th.* 3. *H.* variisque probat argumentis, minoribus contra conuentionalem praeſcriptionem, reſtitutionis remedium denegandum haud eſſe, ſiue coeperit illa in perſona defuncti, ſiue ex eius contractu in perſona minoris, vt, ſtante hac ſententia, deciſio generalis *l. f. C. in quib. cauſ. reſt.* huc quoque trahi debeat.

§. XIV. Conantur diſſentientes ſuam opinionem probare ex diuerſis textibus, inprimis vero ex *L. Aemilius.* 38. *ff. de minor.* vbi PAVLI ſententia haec fuiſſe videtur, quod conuentionalis praeſcriptio etiam pupillae, quae contrahenti, et tali praeſcriptioni obnoxio ſucceſſerat, noceat ſine ſpe reſtitutionis. Addit rationem, recte illi denegatam reſtitutionem, *quod ipſa haud contraxerat*, quamuis alia de cauſa eam reſtituendam cenſuerit. Huic DVARENVS *ad*

Olim contra praeſcriptionem conuentionalem minores reſtitutos fuiſſe, oſtenditur.

Digitized by Google

ad l. cit. f. C. in quib. cauſ. eam quoque adiungit, quod praeſcriptio, quae ex contrahentium conuentione oritur, longe fauorabilior ea ſit, quae ex ſolo rigore iuris proficiſcitur. Praeterea praeſidium quaerunt *in l. 7. C. de reſtit. milit.* vbi haec occurrunt: *Ea, quae a patre geruntur, non decet pro diſciplina militari a filiis ad irritum reuocari: praeſertim cum nec patrem tuum in rebus humanis agentem aſſirmes conqueſtum fuiſſe ſuper huiusmodi contractu.* Adducunt in eundem finem *l. vn. C. vt action. et ab hered. et cont. her. inc.* vbi IVSTINIANVS circa finem ita ſancit: *Sed nobis neceſſe eſt, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipſam regulam de medio tollere, vt liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam ſubtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur.* Nonnulli etiam prouocant *ad l. 2. pr. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* et *l. 7. §. 4. C. de praeſcr. 30. vel 40. ann.* Verum dictae leges non ſatis probant, quod probandum erat, adeoque, cum etiam indicata ratio DVARENI genuinum intellectum non habeat, nihil nos vrget, cur in hac praeſcriptione de *iure antiquo*, (quod primo loco hic omnino explicandum, vt inde liqueat, an et quatenus *cit. l. f. C. in quib. cauſ. in integr.* huc applicari queat) exceptionem formemus. Praemittimus hic regulam generalem, quae traditur *in l. 8. C. de in int. reſt. min. minoribus in his, quae vel praetermiſerunt, vel ignorarunt, innumeris auctoritatibus conſtat eſſe conſultum.* Loquitur haec lex admodum generaliter, diſponitque, vt minores quoque reſtituantur, ſi nihil geſſerunt, ſed propter negligentiam vel ignorantiam laeſi ſunt. Hoc ipſo concidit eorum opinio, qui arbitrantur, minores tantum eſſe reſtituendos, quatenus cum eis aliquid geſtum dici queat. ODDVS *de reſt. in int. P. 2. q. 86. n. 1. ſeqq.* Nec obſtat, quod in *cit. l. vn. C.* heredes contractus defuncti impugnare prohibe-

Digitized by Google

hibeantur, et in *l. cit.* 7. *C.* caueatur, ne filii querelam inſtituant, vbi pater eam non mouerit. Haec enim lex id tantum innuit, filio eam ob cauſam, quod miles ſit, non dari reſtitutionem aduerſus illos contractus, quos pater ipſe non impugnauit; nec *l. vn. cit.* minoris facit mentionem, et ita, ſaluis aliis legibus ſpecialibus, intelligi debet. Inprimis vero obſeruandum, quod minor reſtitutionem petens contra tempus in contractu defuncti praefixum, eo ipſo *contractum* non impugnet, ſed id ſolum agat, vt impedimenta ex lubrico aetatis ei obuenientia remoueantur, et ipſe ad contractus implementum admittatur, perinde ac ſi *tempus conuentionale* elapſum nondum eſſet. Et quamuis *per indirectum* contrahentium conuentio impugnata videatur, certum tamen eſt, multa in iure quoque *per indirectum*, interueniente ſingulari iuris beneficio, admitti, quae directo fieri non poſſunt, inprimis ſi quis tantum vtitur priuilegiis ſibi conceſſis. Facit pro minorum reſtitutione etiam *l.* 44. *ff. de minor. non omnia, quae minores* 25. *annis gerunt, irrita ſunt, ſed ea tantum, quae, cauſa cognita, eiusmodi deprehenſa ſunt: vel ab aliis circumuenti, vel ſua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiſerunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiſerunt.* Apparet ex hac lege, minoribus non tantum contra aduerſarii dolum ſuccurri, ſed etiam tunc auxilium non denegari, ſi alio modo et ex *propria negligentia* damnum ſentirent. His qui opponunt *l.* 3. *pr. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* et *l.* 7. §. 4. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* nihil agunt, niſi quod prodant, ſe illas leges, ad conuentionalem praeſcriptionem plane nihil facientes, nec capere, nec ratione decenti applicare. Plus vero negotii nobis cum iis eſt, qui, ex ſententia PAVLI *in l.* 38. *ff. de minor.* omnem reſtitutionem aduerſus praeſcriptionem conuentionalem 25. annis minoribus abiudicant. Ratio eorum in eo praecipue fundatur, quod imperator contra

Digitized by Google

PAVLI ſententiam ex *plenitudine poteſtatis* pronunciauerit, reſtitutionemque pupillae *ex gratia* indulſerit, quod illa, vti quidam volunt, admodum pulchra et formoſa fuerit. Arbitrantur eam ob cauſam, PAVLI deciſionem magis iuri eſſe conformem, & *pro regula* inde ita dicendum, *quod conuentionalis praeſcriptio contra minores currat ſine reſtitutione*, cum decreta ſingularia, quale ex eorum opinione hic pupillae datum, in aliis ſimilibus non obtineant. *l.* 2. *C. de LL.* conf. CVIAC. *ad l. Aemilius. cit.* Verum bene eam legem ponderanti conſtabit, imperatorem magis ex *iuris rationibus*, quam *gratia* pupillae ſubueniſſe, quum intelligeret, PAVLI decidendi rationem eſſe acerbam, duram & ab aequitate alienam, quales vt plurimum PAVLVS ſequi in ſuis deciſionibus ſolet. Oſtendunt hoc verba *l. cit.* vbi PAVLVS dicit: *pactum commiſſorium diſplicuiſſe imperatori*, quod non aliter, niſi de praeſenti caſu, poteſt accipi, propter *l.* 4. *de L. commiſſ.* Putabat ergo imperator, pupillam eſſe reſtituendam, quia *committendi dies in eius, non vero defuncti tempus inciderat*, tutoresque officium ſuum neglexerant. Vel ratio prior imperatoris ſufficiebat, quae vtique ſententiae PAVLI praeualere debuit. Nam, quod ipſe contra eum vrget, inane eſt. Affert inſtantiam a creditore pignus diſtrahente poſt mortem debitoris, cui pupillus ſucceſſerat, die ſolutionis finita, taciteque innuit, hoc caſu reſtitutionem denegari. At vero petit argumentum id, quod eſt in principio, cum imperatores itidem hic indulgeant reſtitutionem, probata magna laeſione. *l.* 1. *C. ſi aduerſ. vendit. pignor.* Poſſumus igitur eandem *legem* 38. quam diſſentientes pro fortiſſimo ſuae aſſertionis fulcro afferunt, pro noſtra ſententia adſtruenda rectius, quam illi adducere, reſtitutionemque minorum contra conuentionalem praeſcriptionem, ex defuncti contractu ortam, exinde probare. Quamuis enim dicta lex PAVLI ſit, qui a reſtitutione

Explicatur l. 38. ff. de minor.

Digitized by Google

tione ex ea cauſa, *quod dies committendi in tempus pupillae incidiſſet*, alienus videbatur, obſeruandum tamen eſt, prouocaſſe pupillam ad imperatorem, et in conſiſtorio Principis PAVLVM ſuffragium tuliſſe, id quod hic ſimpliciter refert, addit tamen, praeualuiſſe ſententiam imperatoris, eumque pronunciaſſe, pupillam in integrum reſtituendam, *quia ei lex commiſſoria diſplicebat*, non abſolute, ſed quoad effectum contra pupillam, adeoque contra *conuentionalem praeſcriptionem* reſtituebat. Nec obſtat, quod in ea lege pupillae tantum mentio fiat, et minorum iura ab iis, quae pupillari aetati competunt, ſaepius diſtent. Eadem enim hic militat ratio in *minore*, quae in *pupillo*, et in vtroque de laeſione ex lapſu temporis ſeu negligentia agitur, vbi plerumque iura communia habent, vti apparet ex *tit. ff. de rebus eorum, qui ſub tutela vel cura ſunt, ſine decreto non alienandis vel ſupponendis*. Conf. GODOFR. *de* IENA *de leg. commiſſ.* §. 53. B. STRYK. *V. M. tit. de leg. commiſſor.* §. 6. BACHOV. *ad Treutl. vol.* 11. *diſp.* 22. *th.* 3. *H. p.* 175. *ſqq.* Plura, quae de *conuentionali praeſcriptione* dici poſſunt, exhibet B. SAM. STRYK. *in diſſ. ſua inaugurali ad L. Aemilius.* 38. *de minor.* eam tamen quaeſtionem, an iure nouo minores ſint ipſo iure tuti aduerſus conuentionalem praeſcriptionem, non tetigit.

Minores contra conuentionalem bodie etiam ſunt ipſo iure tuti.

§. XV. Quia vero non raro minoribus ex anteceſſoris ſui contractu intra certum tempus aliquid praeſtandum incumbit, quod ab iis vel eorum curatoribus negligitur, quaeſtio inde naſcitur, annon, nouo iure, *ipſo iure* tuti ſint, vt nec praeſcriptio conuentionalis contra eos currat, poſtquam probatum fuit, iura vetera reſtitutionem in integrum hoc caſu non denegaſſe, ad quae prouocat hic imperator in *cit. l. f.* Scilicet conſtat ex ſupra traditis, in *praeſcriptione temporali* contra minores illud pro regula eſſe, vt, in quibus caſibus iſta olim cucurrerit, ſed mino-

res reſtituti ſint, in iis caſibus nouo iure plane quieſcat et ceſſet. *l. fin. C. in quib. cauſ. reſt. in int.* Vlterius etiam §. *antecedenti* fuit probatum, conuentionalem praeſcriptionem olim contra minores fuiſſe continuatam, ſaluo tamen iis relicto reſtitutionis beneficio. Ex his principiis concludo, minores hodie contra *temporalem* praeſcriptionem in contractu defuncti ſtabilitam et determinatam, *ipſo iure* eſſe tutos, aeque ac contra praeſcriptionem legalem ſeu longi temporis, et quidem indiſtincte, ſiue coeperit in perſona maioris, ſiue poſt eius mortem in minoris perſona ſit inchoanda. Confirmat hoc inprimis ratio in *l. cit. fin.* ab imperatore propoſita, quod *melius ſit iura minorum intacta ſeruari, quam poſt vulneratam cauſam remedium quaerere.* Nec obſtat, quod ita effectum non habeat conuentio contrahentium. Nam illum etiam non habet, ſi minor reſtituitur. Et poſſunt tamen exiſtere caſus, vbi eiusmodi conuentio vires ſuas retineat, quia praeſcriptio in minore non plane exſpirat et definit, ſed tantum dormit, vsque dum minor maior fuerit factus; poſt maiorennitatem vero adeptam continuatur ſine ſpe reſtitutionis. Id quod inprimis contingere poteſt in minore, qui haud procul eſt a maiorennitate eo tempore, quo alicui ſuccedit. Tuti igitur, vt alias, ſunt minores ipſo iure contra praeſcriptionem longi temporis, ſic quoque eodem priuilegio gaudent in conuentionali, quod enim de praeſcriptione in genere dicitur, *conuentionali* quoque applicari poteſt. STRYK. *Differt. cit. p.* 11.

Nec teſtamentaria praeſcriptio minoribus currit. §. XVI. Nec aliud eſt dicendum de praeſcriptione *teſtamentaria*, quando teſtator in teſtamento certum tempus cuidam, in minori aetate conſtituto, obſeruandum praeſcribit, quod ille praeterlabi paſſus eſt. Extat eiusmodi caſus *in l.* 3. §. 8. *de minor. et ſi heres ſit inſtitutus*, ſi a patre in diebus centum ſit emancipatus: *mox patrem*

debuerit

debuerit certiorare, nec fecerit, cum poſſet, qui eum emancipaſſet, ſi cognouiſſet, dicendum erit: poſſe eum in integrum reſtitui, parato patre, eum emancipare. Apparet ſimul ex hoc textu, minorem etiam contra temporis in teſtamento praefixi lapſum in integrum olim potuiſſe reſtitui, non attento, quod minor de lucro captando hic potius certet, quam de damno vitando. Concedunt hanc ob cauſam etiam Doctores, minoribus adhuc illud beneficium competere. PAVL. de CASTRO *ad cit. l. fin. C.* BACHOV. *ad Treutler. Vol. II. Diſp.* 22. *lit. A.* GILKEN. *l. c.* BALB. *de praeſcript. P.* 1. *c.* 6. *n.* 41. et BRVNNEMANN. *ad l. cit.* 3. *ff.* DVARENVS *ad cit. l. f. in f.* Latius vero de iure nouo minorum priuilegium videtur extendendum, vt contra tempus in teſtamento praefixum ne quidem reſtitutione egeant, ſed ipſo iure tuti ſint. Dicitur enim generaliter *in cit. l. fin. C.* quod, in quibus caſibus olim praeſcriptio, ſalua reſtitutione, cucurrerit, in iis contra minores hodie plane non procedat.

§. XVII. Referuntur inter temporales praeſcriptiones etiam *ſtatutariae* et *conſuetudinariae.* Itidem de earum curſu contra minores admodum variant Dd. opiniones. Aſſerunt ſcilicet, praeſcriptionem, per *ſtatutum* vel *conſuetudinem* introductam, currere minori indiſtincte, ſiue certet de damno vitando, ſiue de lucro captando. BALB. *de praeſcript. P. I. c.* 6. *n.* 42. BALD. et ANGEL. *ad ſaepius cit. l. f. c.* 2. PAVL. de CASTRO *ad eand. in fin.* Putant hi legem *fin. cit. C.* tollere tantum praeſcriptiones per vetera et communia iura introductas, non vero per *ſtatuta* ſingularium locorum inuenta, cum Imperator in ea lege de *veteri iure* tantum cogitauerit. DVARENVS *ad cit. l. f. in quib. cauſ. reſtit. in integr. in f.* Alii e contrario, quos inter ſunt BARTOL. *ad l.* 46. *ff. de minor. n.* 4. PANORMITAN. *ad cap. conſtitutus.* 8. *de reſtitut. in integr.* defendunt,

Eodem modo nec ſtatutaria et conſuetudinaria.

Digitized by Google

dunt, praeſcriptiones iſtas currere minoribus lucrum ſperantibus, non vero damnum ſentientibus. Sed neutra ſententia calculum meretur; prior enim ex falſis rationibus profluxit, quod ſtatutaria praeſcriptio ſub regula *in l. fin. alleg.* ſtabilita non comprehendatur, et imperator ibi tantum *veteris iuris* mentionem fecerit, atque de *ſtatutis*, quae poſtea introducuntur, cogitare non potuerit. Verum ſatis ex illa lege conſtat, quod imperator minoribus *plene* voluerit proſpicere, et praecauere, ne eorum ſubſtantia vllam diminutionem per praeſcriptiones patiatur, adeoque *veteris iuris* in ſpecie quidem iniecit mentionem, ſed generaliter tamen etiam ſanciuit, vt iura minorum intacta ſeruentur, et hic nulla praeſcriptio, minori ius quaeſitum auferens, effectum habeat. Conf. BARTOL. *ad l. Etiam. ff. de minor.* Altera ſententia diſtinctionem nullibi fundatam ſuppeditat. Et quamuis aequum eſſe videatur, vt minori, damnum ſentienti, magis ſuccurratur, quam lucrum captanti, LL. tamen illud non continetur. Exemplum ſolenne huius praeſcriptionis *conſuetudinariae et ſtatutariae* occurrit in retractu *gentilitio*, cui annale tempus eſt praefixum. Hoc vero pupillis et minoribus non currere, recte ſtatuit STRVV. *in Iurispr. Rom. Germ. lib. III. tit.* 11. §. 38. *in f.* cum RICHTERO et REINKINGIO, quia etiam haec praeſcriptio omnino temporalis dicenda eſt. Vt vero plenius conſtare queat, quatenus ſtatutaria et conſuetudinaria praeſcriptio contra minores effectum habeat, regulae ſequentes ſunt tenendae: 1) quod minores contra vtramque ſint ipſo iure tuti, ſiue agant de damno vitando, ſiue de lucro captando; 2) quod vtraque eius praeſcriptionis naturam retineat, in cuius locum ſurrogata eſt. Hinc ſi praeſcriptio ſtatutaria ſucceſſit in locum praeſcriptionis, vbi minores ſunt ipſo iure tuti, nec illa contra minores currit, ſin vero praeſcriptio minoribus currit, ſalua reſtitutione, etiam con-

Regulae de curſu praeſcriptionis ſtatutariae et conſuetudinariae.

Digitized by Google

conſuetudinaria in eius locum ſuccedens, ita comparata eſt; 3) quod vtraque, ſine ſpe reſtitutionis contra minores currat, ſi ſtatutum praeſcriptionem in iis caſibus determinauit, in quibus olim minores reſtitutione haud adiuuabantur. TVSCH. *Concl.* 103. *Prima* regula ex eo fluit, quod minores, etiam ſi lucrum omittunt, dicantur damnum pati, *arg.* §. 10. *I. de L. Aquil. l.* 44. *ff. de minor.* ſtatutaque ad regulam iuris communis ſemper debeant reſtringi, ne quis indebite damnum incurrat, *arg. l.* 6. §. 2. *ff. de iur. patron.* BERLICH. *Dec.* 203. *n.* 14. inprimis vero minores non aliter ligantur ſtatutis, quam quatenus eos ius commune ſtringit, BARTOL. *ad l. omnes populi. ff. de iuſt. et iur.* adeoque hic aeque, ac in aliis quaeſtionibus, vbi ſtatutum indeterminate conceptum, in iure communi eſt ſubſiſtendum. BARTOL. *l. cit.* ODD. *de reſtit. in integr. p.* 11. *q.* 88. *n.* 1. *ſqq.* Regulae *ſecundae* fundamentum eſt, quod ſurrogatum aſſumat eandem naturam, quam habuit id, in cuius locum ſurrogatur. Si igitur ſtatutum municipale, trium annorum praeſcriptionem reſtringat ad annum et diem, vt ius Saxonicum conſtituit, minores etiam contra hunc terminum ſunt ipſo iure tuti. Sin vero in locum longiſſimi temporis alius, licet multo breuior terminus ſubſtituatur, contra pupillum quidem non currit, bene tamen contra minorem, iuxta rationem *longiſſimi temporis praeſcriptionis.* Sic quoque minoribus currit ſine reſtitutione, ſi ſtatutum vel conſuetudo in iis caſibus, in quibus minori nulla datur reſtitutio, breuioris temporis ſpatium praefixerit, conf. ODD. *l. c. n.* 57. BALB. *l. c. n.* 43. GILKEN. *de praeſcript. p. III. c.* 1. *n.* 93.

§. XVIII. Apparebit ex hactenus dictis, praeſcriptionem contra minores iure nouo ex ſequentibus aeſtimari axiomatibus. *Primum* eſt: ratione praeſcriptionis in minore non attenditur diſcrimen, num ille certet de lucro captando, **Axiomata de curſu praeſcriptionis.**

an

an de damno vitando; *alterum,* minor contra praeſcriptionem cum defuncto coeptam eſt aeque ipſo iure tutus, ac contra inchoandam ex ſua perſona; *tertium,* vbi olim efficaciter currebat praeſcriptio ſine ſpe reſtitutionis in integrum, ibi et hodie currit, cum Imperator *in cit. l. 5. C.* illas temporales praeſcriptiones quieſcere et dormire iuſſerit, quae reſtitutioni in integrum non fuerunt exemtae. DVARENVS *ad cit. l. Quartum,* in quibus caſibus olim currebat praeſcriptio, ſalua reſtitutione, in iis minores hodie ſunt ipſo iure tuti per *l. fin. C. in quib. cauſ.*

An tempus bonorum poſſeſſionis contra minores currat.

§. XIX. His poſitis, iudicari facile poteſt, quid de tempore bonorum poſſeſſionis petitioni praefixo ſit ſtatuendum, ſi minor, illud praeterlabi, paſſus fuerit. Erat olim haec praetoria bonorum poſſeſſio vel *edictalis* vel *decretalis,* et vtraque a *liberis* atque *parentibus* intra annum; ab *extraneis* intra 100. dies, peti debebat. §. 4. *I. de bonor. poſſeſſ.* Hoc ſpatio amiſſo, non amplius impetrari poterat, niſi a minoribus, qui per remedium reſtitutionis in integrum ad eam perueniebant, vt oſtendit *l. 2. C. ſi vt omiſſ. heredit. vel bonor. poſſ.* vbi imperatores ita conſtituerunt: *ad bonorum poſſeſſionem in paternis rebus omiſſam, minores in integrum reſtitutionis admitti beneficio, iam pridem placuit.* Conf. *l. 2. C. de in integr. reſt. min.* Aſt iure nouo reſtitutione non opus habent, ſed aeque ac in aliis *praeſcriptionibus temporalibus* aduerſus illum temporis lapſum ſunt ipſo iure tuti ſecundum *cit. l. fin. C.* Nec aliud docet BARTOL. *in l. fin. cit. C.* quamuis eum alleget BALBVS *l. cit. n.* 41. pro ſuae ſententiae contrariae confirmatione. Conſentit alias Balbo GALESIVS *de reſtit. in integr. c. 2. n.* 227. CVIACIVS vero *ad L. Si filius. de minor.* 25. *an.* arbitratur, *legis fin. cit.* diſpoſitionem ad bonorum poſſeſſionem non ſpectare, cum illa tempore amittatur ipſo iure. Sed in aliis temporalibus praeſcriptionibus itidem obtinet,

Digitized by Google

obtinet, vt per temporis lapſum ius amittatur, ſine aliquo facto intercedente, et minor tamen contra eas dicitur ipſo iure tutus. Deinde pro eius ſententia nec illud facit, quod ex bonorum poſſeſſione minor lucrum percipiat, *lex ſaepius cit. fin. C.* vero intelligenda ſit de caſibus, vbi minori damnum imminet. Nam verba ibi *generaliter* ſunt concepta, et ita quoque ſine diſtinctione accipienda. GILKEN. *de praeſcript. P. III. c.* 1. *n.* 89. 90. ODDO *de reſtitut. in int. q.* 88. *A.* 2. *n.* 23. SCHILTER. *prax. iur. Rom. Exerc.* 41. §. 9.

Nec currit contra minores quinquennium querelae inofficioſi teſtamenti.

§. XX. Nec aliud iam olim obtinuit in quinquennio teſtamenti inofficioſi querelae praeſtituto. Hoc enim, ſi, lite non mota, effluxerit, haud impedit minorem, quo minus eam querelam, reſtitutione etiam antea non impetrata, intentare queat, cum ille etiam hic ſit ipſo iure tutus, vt in aliis temporalibus praeſcriptionibus. *l.* 2. *C. in quib. cauſ. reſt. Adoleſcentiae tempus*, aiunt Imperatores, *non imputari in id quinquennium liberis, cuius praeſcriptio ſeram inofficioſi querelam mouentibus opponi ſolet, manifeſte ante deſcripſimus. Impleta igitur aetate legitima, non eſt in integrum reſtitutio neceſſaria: quia non redintegratio amiſſae cauſae bis datur, ſed integra ipſa cauſa ſeruatur.* Opponunt quidam huic textui *l.* 1. *C. de in integr. reſt.* vbi Imperator innuere videtur, quod minores contra querelam omiſſam reſtituantur. Sed illa lex, ſi vel maxime eam ſententiam tueretur, derogare non poſſet *legi cit.* 2. cum, ſicut ex chronologia pateſcit, diu ante illam lata ſit. Praeterea quoque eius conciliatio non multum difficultatis habet, modo attendatur, agi in *cit. l.* principaliter de facta *renunciatione* huius querelae, atque minorem duplici modo dici querelae renunciare, *expreſſe* et *tacite*, ac hoc caſu fieri renunciationem aut facto interueniente, v. g. quando legatariis ſoluit, quo caſu in integrum reſtitutione

Digitized by Google

contra renunciationem ipſo facto declaratam, opus habet, quem caſum intelligit Imperator *in cit. l.* per *tacitam diſſimulationem*, h. e. renunciationem, aut nuda intermiſſione huius remedii intra quinquennium, quo caſu auxilio reſtitutionis non indiget, ſed ipſo iure tutus eſt. conf. WISSENBACH. *ad l.* 1. *C. de in integr. reſtitut. min.* Et quamuis illa querela odioſa et ad iniuriam vindicandam tendere videatur, in quibus minor ne reſtitutionem quidem impetrare poteſt per *l. auxilium. ff. de minor.* exinde tamen minor primario non agit, ſed potius ius ſuum et hereditatem ſibi iure debitam perſequitur, vbi merito contra lapſum tutus pronunciatur, quod ſecus eſt in *actione iniuriarum*, quae meram intendit vindictam, nec in bonis noſtris, antequam litem conteſtemur, eſſe dicitur. *l.* 28. *de iniur. l.* 32. *pr. ad L. Falcid. l.* 2. *§.* 4. *de collat.* ODDO *l. c. art.* 4. *n.* 37. *ſeqq.* PEREZ. *ad C. l. fin. in quib. cauſ. reſt. n.* 4. BRVNNEMANN. *ad l.* 8. *ff. de inofficioſ. teſtam. n.* 44. CVIAC. *ad l. ait praetor. ff. de minor. lit. h. ſqq.* PAVL. CASTRENS. *ad l.* 2. *C. in quib. cauſ. reſtit.*

Nec biennium exceptionis non numeratae pecuniae.

§. XXI. Nouum exemplum praeſcriptionis temporalis eſt in *biennio*, creditorem contra exceptionem *non numeratae pecuniae* muniente. Olim de hac exceptione conſtitutum erat, vt intra quinquennium, a tempore dati chirographi, creditori eſſet obiicienda, niſi debitor illam vellet amittere, et poſt quinquennium ad ſolutionem iuxta chirographi tenorem, ea exceptione non attenta, ſimpliciter adſtringi. Poſtquam vero hoc tempus a IVSTINIANO ad breuius aliquod ſpatium fuit redactum, vt iure nouiori tantum intra biennium debitori illa exceptio integra eſſet, poſt huius lapſum ſcriptura debitoris eum accipit effectum, vt numeratio facta eſſe praeſumatur a creditore. Quod cum ſemper multum praeiudicii contineat, minoribus quondam contra illud data fuit reſtitutio, vt apparet ex *l.* 14. *pr. C.* *de*

de non numerat. pec. Sed IVSTINIANVS plenius iis proſpexit in *l. fin. C. in quib. cauſ. reſt.* vt adeo hodie ſint ipſo iure tuti, et contra eos nec incipiat currere biennalis praeſcriptio, ſi ipſi chirographum dederint, nec continuetur, ſi cum defuncto ſit coepta. Putat quidem ZANGER. *de except. part. III. c. 14. n. 51.* IVSTINIANVM loqui *in l. cit. fin.* de praeſcriptione tantum *inchoanda*, et ſic obtinere adhuc ius antiquum in *inchoata* cum defuncto. Verum ſuam ſententiam ex *l. vn. C. ſi aduerſ. vſucap.* probare minime poteſt, cum de eius legis hodierna obſeruantia, poſtquam *vſucapio* cum *longi temporis praeſcriptione* confuſa eſt, merito dubitetur, ſicut oſtendimus ſupra §. XII. Vnde rectius verbis legis generalibus inhaeremus aſſerimusque, pro minorum ſecuritate, praeſcriptionem hanc indiſtincte minoribus non currere. Poſſet enim alias quoque contingere, vt minor ex cauſa aliqua, v. g. ſi ſe maiorem dixerit in chirographo, non deberet reſtitui, et ideo bonorum ſuorum partem amitteret, quod tamen inprimis praecauere voluit Imperator. Conf. PAVL. de CASTRO *ad l. cit. fin. C.* BRVNNEMANN. *ad leg. eand. n. 1. ſeqq.* WISSENBACH. *comment. ad C. l. 14. de non num. pec.* ODDVS *l. c. n. 5.*

§. XXII. Dantur quoque praetoriae actiones certis temporibus incluſae et poſt termini praefiniti lapſum exceptionem praeſcriptionis admittentes. Praeſcribebant olim praetores ſpatium, intra quod actiones vigere deberent, hinc exceptiones ex eo natae in claſſem *praeſcriptionum temporalium* collocabantur, contra quas plerumque minoribus laeſis dabatur reſtitutio. *l. 44. ff. de minor. l. 5. C. de reſtit. in integr. min. l. 35. ff. de obligat. et act.* GILKEN. *l. c. c. 1. n. 72.* Excipiebant tamen actionum popularium et meram vindictam ſpirantium tempora, contra quae tranſacta minores non reſtituebantur, vt apparet ex *l. 37. pr. ff. de minor.* et actione de albo corrupto. *l. fin. ff. de popul.* *Quatenus praetoriae praeſcriptiones hodie currant.*

 action.

action. Hodie igitur poſt ſanctionem generalem *in l. fin. ſaepius allegata* de praeſcriptionibus praetoriis idem, quod de aliis temporalibus dicendum eſt, ſcilicet: 1) quod contra minores adhuc hodie currant, quatenus *populares* concernunt actiones, vel eos a merae iniuriae vindicatione excludunt, ſicut fit in actione iniuriarum aeſtimatoria ciuiliter intentata, *l.* 5. *C. de iniur.* vt ſupra iam dictum eſt; 2) quod praeſcriptiones annalium actionum et praetoriarum, quae longum tempus non excedunt, minoribus hodie plane non currant, illique reſtitutione haud indigeant, ſed ipſo iure tuti ſint, vsque dum ad maiorennitatem peruenerint. Vnde minoribus liberum eſt, actionem redhibitoriam poſt *ſemeſtre ſpatium*, quod contra eos quieſcit, adhuc intentare, et ad rem venditam recipiendam venditorem compellere. BRVNNEMANN. *ad l.* 3. *de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* conf. STRYK. *de action. inueſt. S.* 14. *m.* 3. *a. c.* 2. *n.* 12. Simili ratione minori neceſſarium non eſt, reſtitutionem petere, ſi *quanti minoris*, ſeu *aeſtimatoriam* actionem intra annum haud inſtituerit. Militat enim hic, vt in aliis breuioris ſpatii actionibus praetoriis, illa ratio Imperatoris aliquoties iam adducta, quod *melius ſit ius minorum intactum ſeruari, quam poſt vulneratam cauſam remedium quaerere.*

Poſt annum 25. currit praeſcriptio. §. XXIII. Tribuit vero Imperator in praeſcriptione fauorem peculiarem tantum *minoribus.* Vnde ſequitur, quod maiores facti pati teneantur, vt praeſcriptio, quae hactenus contra eos, dum in minorennitate erant, incipere non potuit, inchoetur, et illa, quae antea coepta, intra aetatem minorem vero dormiebat, nunc reſuſcitetur et currat. Adoleſcentiae igitur tempus non imputatur in id ſpatium, quod regulariter maioribus eſt praeſcriptum, vti conſtat ex *l.* 2. *C. in quib. cauſ. reſt.* et euidentiſſime quoque ex *l.* 3. *C. quib. non obiic. long. temp. praeſcr.* Idem ex iſtarum

Digitized by Google

iſtarum legum mente dicitur in SYNOPS. BASILIC. 50. *t.* 12. *c.* 7. *cum* 10. *vel* 20. *annorum tempore non computatur id tempus, quo quis minor* 25. *annis fuit. Nam praeſcriptio nunc incipit currere, quando ad maiorem aetatem dominus peruenerit: h. e. cum annum viceſimum quintum compleuerit.* Alii, qui a nobis diſſident, praeſcriptionemque contra minores concedunt, ſalua reſtitutione in integrum, largiuntur iis poſt 25. annum impletum adhuc quadriennium, ante cuius lapſum reſtitutionem petere poſſint. Sed illud nouo iure minoribus in praeſcriptione fruſtra datur, cum iam ipſo iure tuti ſint usque ad maiorem aetatem, et poſt illam reſtitui ideo non poſſint, quod in minorennitate laeſi haud ſint, dormiente per totum id tempus praeſcriptione *l. cit.* 3. *C.* Vtile tamen iis adhuc eſt in aliis caſibus, et praecipue illis praeſcriptionibus, quae contra minores, ſalua reſtitutione etiam nunc currunt, vt ex §. *ſeq.* conſtabit.

§. XXIV. Sunt ſcilicet huius generis inprimis *iudiciales* praeſcriptiones, ad quas *legis cit. fin. C.* diſpoſitio extendi nequit, quod vel *l.* 13. *C. de iudic.* innuit, adeo, vt hic par ſit ratio *pupillorum* et *minorum.* Accenſeri alias hae poſſunt *temporalibus praeſcriptionibus*, conſultiusque in his quoque minoribus eſſe videtur, vt fatalium curſus potius ſuſpendatur, quam vt contra eorum lapſum reſtituantur. Quia vero lites, ſatis diu iam durantes, fierent fere immortales, ſi haec fatalia iudiciorum minoribus ante maiorem aetatem non currerent, auctoritasque ac integritas iudicii, quantum fieri poteſt, conſeruari debeat, merito illis fatalia currunt, vt tamen, pro iudicis aequi arbitrio, in integrum queant reſtitui. BALB. de *praeſcript. p.* 1. *c.* 5. *n.* 1. *ſeqq.* CVIAC. *ad l. ait praetor. ff. de minor.* PAVL. de CASTRO *ad l.* 13. §. *vlt. n.* 2. *de iudic.* ODDVS *l. c. q.* 88. *art.* 3. *n.* 42. *ſqq.* Currit igitur etiam hodie *Praeſcriptiones iudiciales contra minores currunt.*

 minori,

Digitized by Google

minori, imo etiam pupillo *decendium* interponendae appellationis, vt tamen contra eius lapſum reſtitutionem impetrare queant. *l.* 2. *C. ſi ſaep. in integr. reſt. pet. l. fin. C. ſi aduerſ. rem iudic. reſtit. pet.* PEREZ. *comment. in C. tit. eod. ſi aduerſ.* Eodem modo lapſus termini probatorii vel a iudice praeſcripti, vel in ordinatione proceſſus determinati minorem a facultate probandi excludit, niſi in integrum fuerit reſtitutus. Sic quoque in dilationibus a iudice vel ſtatuto datis obtinet, vt finiantur, quamuis aduerſus minorem tendant, ODD. *l. c. n.* 44. et ſimili ratione tempus, intra quod prima inſtantia finiri debet, contra minorem non quieſcit, ſed ille, reſtitutione impetrata, adhuc auditur. *l.* 13. *C. de iudic.* Conſtare ex his poterit, IACOBO de BVTR. et IAC. de S. GEORG. *in l. fin. C. ſi aduerſ. rem iud.* aſſentiendum non eſſe, defendentibus, iudiciales praeſcriptiones ipſo iure minoribus non currere. Refragatur etiam eorum ſententia praxi quotidianae, vnde merito eam relinquimus, et ad *extraiudiciales praeſcriptiones legem fin. C. in quib. cauſ. reſt.* cum aliis reſtringimus.

Contra neglectam inueſtiturae renouationem minores reſtitutione in integrum opus habent.

§. XXV. Accedit iſtis ex iure feudali annalis praeſcriptio, quae vaſallis inueſtiturae renouationem intra annum non petentibus obiicitur. Sentiunt de eius curſu aduerſus vaſallum minorem adeo varie Dd. vt ex eorum opinionibus tres claſſes diuerſas conſtituere queamus. Dantur enim, qui tradunt, annale hoc ſpatium minoribus iuxta *l. fin. C. in quibus cauſ.* ipſo iure haud currere, inter quos eſt FELIN. *in c. Inſinuauit. n.* 3. *de teſtibus.* MATTH. *de* AFFLICTIS *ad* §. *praeterea ſiquis.* 2. *F.* 55. et GILKEN. *l. c. n.* 88. Alii aſſerunt e contrario, praeſcriptionem hanc minoribus currere, vt illi ne in integrum quidem reſtitui poſſint, ſed regreſſu aduerſus curatores debeant eſſe contenti. Docent ita BARO *a* TRAVTENBERG *ad* §. *cit. praeterea. n.* 1. *ſq. et*

FR

Digitized by Google

FR. SONSBEC. *tr. feudal. c.* 11. *n.* 22. Alii denique mitius §. *praeterea ſi quis.* 2. *F.* 55. interpretantur, et curſum praeſcriptionis aduerſus minores non negant, reſtitutionem tamen contra anni lapſum largiuntur, quam ſententiam defendunt SCHRADER. *de feud part.* 6. *c.* 2. *n.* 28. SYLVAN. *de recognition. feud. q.* 53. CVRTIVS *de Feud. p.* 4. *n.* 46. CHASSANEVS *Conſuetudin. Burgund. tit. de Fieſs. n.* 7. et reliqui, quos allegat ROSENTHAL. *de feud. c.* 6. *n.* 4. *lit. e.* ODDO *de reſtit. in integr. q.* 89. *art.* 6. *n.* 46. *ſeqq.* Fundant poſteriorum claſſium auctores ſuam ſententiam, quamuis maxime diuerſam, in 2. *Feud.* 55. §. *praeterea ſi quis.* Vbi Imperator FRIDERICVS inter reliqua, vaſalli officium concernentia, ita conſtituit: *praeterea ſiquis infeudatus maior quatuordecim annis ſua incuria vel negligentia per annum et diem ſteterit, quod feudi inueſtituram a domino non petierit: transacto hoc ſpatio feudum amittat, et feudum ad dominum redeat.* Reſtitutionis in integrum hic textus mentionem non facit, hinc concludunt a TRAVTENBERG aliique eiusdem ſententiae aſſeclae, minoribus eam quoque non competere, quod diſpoſitio feudalis a iure communi non recipiat interpretationem. Sed hoc falſum eſſe, facile exinde apparet, quia ius commune in cauſis feudalibus quoque auctoritatem habet, vbi ius feudale nihil definit, et iuris communis diſpoſitio indoli et rationi feudorum non contrariatur, *arg.* 2. *Feud.* 1. *ibi: ſtrenuus autem iurisperitus, ſicubi caſus emerſerit, qui conſuetudine feudi non ſit comprehenſus, abſque calumnia vti poterit lege ſcripta.* Conf. STRYK. *Exam. Iur. Feud. c.* 1. §. 26. STRVV. *S. I. F. c. I. th.* 14. adeoque nec facit pro eorum ſententia, quod in *dicto* §. *praeterea.* dicatur, feudum ob non petitam inueſtiturae confirmationem amitti. Nam non ſtatim deneganda eſt reſtitutio, vbi ius dicitur amitti. Euidens hoc maxime exinde fit, quod in *l. ſi tutoris.* 23. *C. de* admi-

Reſponſio ad diſſentientium argumenta.

Digitized by Google

adminiſtr. tutor. praedium ob non ſolutum canonem dicitur amiſſum, et tamen *l.* 9. §. *penult. de minor*. reſtitutionem minoribus in eadem cauſa indulget. Amittit ergo minor feudum ob omiſſam renouationem inueſtiturae, ſed ſine effectu, ſi reſtitutionem petierit. Magis inde calculum meretur SCHRADERI, ROSENTHALII, aliorumque relatorum ſententia, qui dictum §. *praeterea*. eo accipiunt ſenſu, vt minor adhuc reſtitui poſſit. Credendum enim, vbi iure feudali quid non eſt determinatum, in eo mores feudorum haud diſcrepare a iure communi, adeoque tunc idem, quod alias communiter obtinet, ſeruari debet. Sed annon hic etiam applicari poteſt regula ſupra tradita, quod, vbi olim cucurrerit praeſcriptio, ſalua reſtitutione, ibi minores hodie ſint ipſo iure tuti? Aſſerunt hoc GILKEN. et alii in principio allegati, propter *cit. l. fin. in quib. cauſ.* Nos e contrario putamus, axioma illud in hoc tempore, inueſtiturae petitioni praeſcripto, locum non habere, ſed hic pati exceptionem, cum *l. cit. fin. C.* huc non quadret. Ius ciuile enim in quaeſtionibus feudalibus tantum admittitur, quatenus feudorum indoles et diſpoſitio non obſtat. Hic vero ex fine inueſtiturae facile patet, annuum ſpatium eius renouationi ideo eſſe praeſcriptum, vt dominus mox certus fiat, eum, quem pro vaſallo habet, directum dominium agnoſcere, et ad praeſtationem *ſeruitiorum atque fidelitatis*, propter quae feuda ſunt data, paratum eſſe. Adeoque domino integrum eſſe debet, iuſte impeditum, qualis etiam minor eſt, STRVV. *S. I. F. c.* 16. *th.* 9. de officio ſuo et inueſtiturae renouatione monere, ne ſeruitiis diu carere teneatur. Praecluderetur vero domino directo haec facultas, ſi minor ipſo iure tutus eſſet, imo liceret minori impune ſeſe contumacem oſtendere, contra *l.* 8. *ff. de minor.* et ſimul reuerentiam debitam exuere. Accedit his, quod 2. *F.* 55. §. *praeterea.* curſus praeſcriptionis huius contra minores

nores expreſſe concedatur, et *pupillus* tantum in iure feudali ipſo iure tutus vocetur, vt oſtendit CARPZOV. *P. II. c.* 45. *def.* 19.

§. XXVI. Hactenus deductum ius ſingulare minorum in praeſcriptione competit etiam maioribus, non tamen omnibus, ſed ſolum iis, qui aetate ſunt minores, propter veniam autem a principe impetratam pro maioribus habentur. In iure quidem nullibi quicquam de hac quaeſtione diſpoſitum reperitur, iuris vero rationes oſtendunt, maiorem per veniae impetrationem cum minoribus in praeſcriptione rerum immobilium eodem iure gaudere. Conſtat enim ex *l.* 28. *V. S.* praeſcriptionem eſſe ſpeciem alienationis, hanc vero quoad immobilia etiam venia aetatis munitis ita interdici, vt ne per indirectum quidem eam ſuſcipere, ac hypothecae illa ſine decreto ſupponere queant, *l.* 2. §. 1. *et* 3. *C. de his qui ven. aetat. imp.* ſed in immobilium alienatione minoribus ſimiles ſint, et per veniae impetrationem facultatem tantum nanciſcantur ea faciendi, ſine vllius auctoritate, quae antea, vt minores, cum curatoris conſenſu agere debebant. BRVNNEMANN. *ad cit. l.* 3. *C.* PEREZ. ad *C. L.* 2. *tit.* 45. *n.* 5. PAVL. *de* CASTRO. *ad l.* 2. *C. de his qui ven. aetat. imp. n.* 8. STRVV. S. I. C. *Exerc.* 8. *θ.* 53. Vnde conſequitur, praeſcriptionem, ſiue coepta ſit, ſiue incipienda, aeque contra eos ipſo iure non currere, ac contra alios, 25. annis minores, definit. Alienarentur enim, ni ita diceremus, veniam impetrantium bona facilius, quam minorum, ipſique, praeſcriptionem concedendo, plus facerent, quam cum curatoris conſenſu ſuſcipere potuiſſent, nedum, quod principis beneficium, ac aetatis venia in eorum maximum vergeret detrimentum. Huic ſententiae quoſdam patronos dare haud poſſum, cum, qui eam tetigiſſet quaeſtionem, inuenire non contigerit. Hinc tantum adiungam, quae obſtare huic ſententiae videntur,

Contra veniam aetatis impetrantem praeſcriptio non currit.

Digitized by Google

dentur, quorum *primum* eſt, quod maior declaratus pro minore non ſit habendus, quia venia impetrata legitimam aetatem imitatur; *ſecundum*, quod, cum venia aetatis nulli concedatur, niſi, qui morum probitatem et in rebus gerendis prudentiam demonſtrauit, lubricum aetatis ceſſet, et conſequenter in illo fundatus fauor; *tertium*, quod is, cui ne reſtitutio quidem datur, multo minus ipſo iure tutus dici queat. Sed circa *primum* obſeruandum venit, veniam aetatem *legitimam* quidem imitari, reuera tamen legitimam non eſſe, maioresque per principem declaratos pro talibus haberi, quoad bonorum adminiſtrationem et contractus, minime vero, quoad bonorum immobilium alienationem. Circa *alterum* dubium itidem moneri poteſt, quod, licet probitas et prudentia rerum gerendarum probata fuerit, caſus tamen contingere poſſit, in quo veniam impetrans ex facilitate quadam labatur, vbi maior circumuentus haud fuiſſet: minor enim per declarationem principis naturalem ſtatum non mutat, et vt Graeci aiunt, τὴν ἀκμὴν τῆς διανοίας ſeu *animi vigorem* ante 25. annum complere non ſolet, vti docet *l.* 1. §. 2. *ff. de minor.* quare ab iis merito alienum eſſe debet, quod ad bonorum inprimis immobilium priuationem tendit. Eodem modo nec *vltimum* noſtram ſententiam impugnat, quum reſtitutio tantum denegetur in iis, quae maior per principis reſcriptum, geſſit, eique conceſſa fuerunt; in aliis e contrario, quae leges illi haud permittunt, vt eſt immobilium alienatio, eique ſimilis praeſcriptio, ſeruatur illaeſus, quia eiusmodi actus contra legum prohibitionem eſt initus et conſequenter ipſo iure nullus.

Eccleſia adverſus praeſcriptionem ipſo iure tuta non eſt.

§. XXVII. Aliud eſt dicendum de eccleſia, quae, licet minoribus aequiparetur, *eorumque iure fungi* dicatur in *c.* 1. *et* 3. *X. de reſtit. in int.* contra praeſcriptionis tamen curſum non aeque ipſo iure ſeruatur tuta, ac quidam 25. annis minor. *Auth. Quas actiones. de SS. eccleſ.* Conueniunt enim

iura

iura eccleſiae et minorum in multis, ſed in quibusdam quoque differunt, vt ab his ad illam non ſemper liceat ducere argumentum, inprimis vbi diuerſitatis ratio eſt aperta. De qua hoc loco facile conſtat, quia eccleſia maiorem nunquam conſequitur aetatem, ſicut minor poſt 25. aetatis annum, adeoque fruſtra tempus inchoandae praeſcriptionis in ea expectatur, quod nunquam venire poteſt. Per aliam igitur viam, reſtitutionem ſcilicet in integrum, eccleſiae iura conſeruantur, modo intra quadriennium, a tempore laeſionis compertae, petita fuerit, *c. cit.* 1. *et* 3. *c.* 2. *de reſtit. in int. in 6to.* COVARRVV. *T.* 1. *p. m.* 484. *n.* 4. ODDVS *de reſtit. in int. q.* 3. *n.* 16. GALES. *ad c.* 1. *de reſtitut. in int. n.* 79. conf. *ius. eccleſ. prot. L.* 1. *tit.* 41. §. 9. eaque ratione eccleſia iure minorum ſeruatur illaeſa, quanquam diuerſo modo. Nec aliud voluiſſe videtur pontifex in *cit. c.* 1. *et* 3. vti vel ex iſtorum textuum ſede colligere licet. Euidentius vero idem exinde fit, quod ne minor ipſe quidem contra longiſſimi temporis praeſcriptionem ipſo iure tutus ſit, ſed auxilio demum reſtitutionis per §. *vlt.* et ita eccleſia, ſi vel maxime eorum iure plane iudicetur, a praeſcriptionis curſu immunis pronunciari nequit. *Longi* enim *temporis praeſcriptio*, quae minori nullo modo currit, in rebus eccleſiaſticis eſt incognita, cum quadraginta annorum ſpatium, et ſic longior *longiſſimi temporis* praeſcriptione opus ſit. *Nou.* 131. *c.* 6. Vnicus ergo tantum de rerum eccleſiaſticarum mobilium vſucapione fingi poſſet caſus, quo eccleſiae, ſi per omnia iuribus minorum fungeretur, temporis curſus nocere non deberet. Verum ne hoc quidem caſu eccleſia contra *triennii* lapſum eſt ipſo iure tuta. Datur enim *in l. fin. C. in quib. cauſ.* minoribus tantum id priuilegium, vt contra eos non omnis currat praeſcriptio, vnde non aliter, quam per modum *extenſionis* eccleſiae tribuendum eſſet, quae extenſio iurium ſingularium propter *l.* 14.

 ff. de

Digitized by Google

ff. de LL. rectius reiicitur. Et quidem eo magis, cum *auth. cit. Quas actiones.* nec non *c.* 1. *et* 3. *X. de reſtit. in int.* curſum praeſcriptionis expreſſe admittant, et de reſtitutione tantum aduerſus illam loquantur.

Quid interſit num minor dicatur illaeſus ipſo iure, an ope reſtitutionis?

§. XXVIII. Diſcrimen vero non leue intercedere, num minores dicantur aduerſus praeſcriptionem illaeſi *ipſo iure*, an demum *ope reſtitutionis in integrum*, ex eo facile apparet, quod impedimenti legalis ſeu impletae praeſcriptionis remotio, per cauſae redintegrationem, eſt inuoluta haud paucis difficultatibus, quae ſuperandae non ſunt, ſi minores contra illam ipſo iure tuti ſeruantur. 1) Enim minores aduerſus praeſcriptionem petentes reſtitutionem ſuſcipere debent probationem et laeſionis et aetatis, *l.* 39. *pr. ff. de minor. l.* 4. *C. de reſtit. in int.* CVIAC. *ad l. ait praetor. de minor.* WISSENBACH. *ad l.* 6. *C. de reſtitut. in int* et PEREZ. *ad eund. tit. n.* 2. MEIER. *C. I. A. Tit. de minor. n.* 48. ea vero opus non habent, ſi praeſcriptio contra eos quieſcit, cum in praeſcriptione ſe fundanti opponere queant exceptionem nondum impleti temporis legitimi. 2) Si praeſcriptio aduerſus minores effectum habet, et impletur, illi ad reſcindendam temporis exceptionem, quae obiicitur, reſciſſoriam intentare tenentur actionem, cauſamque reſciſſionis iudici probare, et eius ſententiam expectare, cum eis alias, nulla praeſcriptione impeditis, ſtatim directa actione alterum conuenire, integrum ſit. Exempli loco dari poteſt conuentionalis praeſcriptio ex defuncti venditione ſub pacto *de retrouendendo* orta, et continens clauſulam, vt, pretio intra certum tempus oblato, ipſo iure reuertatur dominium ad venditorem. In hoc pactum ſi minor ſuccedit, et tempus praeterlabi patitur, *reſciſſoria* debet vti rei vindicatione, vel *directa*, prout dicitur ipſo iure tutus, vel auxilio reſtitutionis ſubleuandus. 3) Minores conuenti propter praeſcriptionem impletam in vim litis ingreſſum impedientis opponere

Digitized by Google

nere poſſunt exceptionem non competentis actionis, ſi adverſus illos praeſcriptio plane non procedit ante maiorem aetatem, et ita breuiſſima via abſoluuntur, cum e contrario, vbi locum habere dicitur praeſcriptio diutius lite vexentur, ſi actionem debent ſuſcipere et cognitionem ſuper reſtitutionis aequitate demum expectare. 4) Si contra minores poteſt currere praeſcriptio, illi praeciſe intra quadriennium debent reſtitutionem petere, longius vero tempus iis quandoque poſt 25. annum competit, ſi aduerſus eos praeſcriptio non currit. Non exiguum igitur eſt priuilegium, quod Imperator *in l. fin. C. in quib. cauſ. reſt.* impertit minoribus, contra praeſcriptionum curſum eos illaeſos ſeruando, vnde iniuria omnino ab illis afficiuntur, qui eos in plurimis caſibus ope reſtitutionis ſatis tutos iudicant.

§. XXIX. Denique de *longiſſimi temporis praeſcriptione* adhuc addendum, quod illa ante Iuſtiniani tempora iam cucurrerit, ſicut docet *l.* 3. *C. de praeſc.* 30. *vel* 40. *ann.* et nouo iure quoque currat, nulla attenta diſtinctione, num in perſona minoris ſit inchoanda, an in maiore coepta et contra minorem continuetur. Indiſtincte enim eam concedit *l. cit.* 3. nec *lex fin. C. in quib. cauſ. reſt.* aliquid noui introducit, cum IVSTINIANVS ibi tantum ita ſanciat: *videlicet exceptionibus* 30. *vel* 40. *annorum in ſuo ſtatu remanentibus.* Inde minores contra hanc praeſcriptionem hodie ipſo iure tuti non ſunt. PAVL. de CASTRO *ad l.* 8. *C. de non numer.* SVRD. *Deciſ.* 4. *n.* 3. 4. ODDVS. *l. c. q.* 90. *art.* 1. *n.* 1. *ſeqq.* ZANGER. *de except. C.* 10. *p.* 3. *n.* 160. BRVNNEMANN. *ad C. l.* 3. *de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* STRVV. *S. I. Ciu. Exerc.* 43. *th.* 19. An vero poſſint auxilium reſtitutionis impetrare, admodum variant Doctorum opiniones. Hic tantam litem meam non facio, cum iſta quaeſtio ſe latius extendat, peculiaremque diſſertationem *de minorum in integrum reſtitutione aduerſus longiſſimi temporis praeſcriptionem* deſideret.

Longiſſimi temporis praeſcriptio contra minores currit.

Digitized by Google

CLARISSIMO DOMINO CANDIDATO

GEORGIO SALOMONI KRÜGERO,

Römhilda Franco,

S. P. D.

PRAESES.

Controuerſiam non adeo leuem aggreſſus es, ſcopulis pluribus obſeſſam, interpretumque doctrina magis inuolutam quam illuſtratam. Tot textus inter ſe pugnantes in ea offendiſti, vt eos in concordiam deducere, et harmoniam huius doctrinae referre, pulchrum duxeris. Voto exoptatus non defuit euentus, quia ipſos conſulere fontes maluiſti, quam doctorum tradita coeco ſequi impetu, id quod qui fecerunt, non potuere non a via veritatis deflectere. Iam ſuo tempore monuit egregius DVARENVS ad tit. C. de his qui ven. impetr. in f. brocardica et quodlibetica relinquenda eſſe Doctoribus brocardicis, qui ſimiles, *pergit*, plerisque magiſtris noſtris, qui theologiam exacte ſe profitentur noſſe, et neque nouum neque vetus teſtamentum didicerunt. *Perſcrutandae ſunt antiquitates, conſulendi, qui fata et hiſtorias doctrinarum iuris tradidere; proprium adhibendum iudicium, et ita denique ſenſus textuum ſincerus eruendus, non ſequendus, quem, ſubtili diſtinctione adhibita, Dd. fingunt, quo ipſo plerumque ſophiſtas agunt. Conſilio hoc vſus non potuiſti non facili opera omnes ſuperare difficultates, vti ipſa huius thematis enucleatio docet. Id vnicum tantum moneo, te circa praeſcriptionem* conſuetudinariam *et* ſtatutariam *non incidiſſe* in c. 8. X. de reſtit. in integr. *vnde vt plurimum colligunt, minorem laeſum, in retractu omiſſo, reſtitui in integrum; adeoque ad minimum* de iure canonico, *quod hodie in foris amplectimur, in diſcrepantibus ſententiis, minores quoad hanc praeſcriptionem non eſſe ipſo*

iure

iure tutos. ANTONIVS DADINVS ALTESERRA in praelect. ſolenn. pro inſtaurandis ſcholis, *accuratus iurium interpres, diligenter hunc exponit textum, eam tamen ſententiam, quam* GONZALEZ *aliique inde ſine iudicio hauſerunt, in illo haud deprehendit. Repetebant liberi minores fundum a patre alienatum ex triplici cauſa,* (I) *ex capite* nullitatis; (II) *ex capite* reſtitutionis in integrum; *et denique* (III) ex iure retractus. *Poſteriores duas cauſas inde firmabant,* quod adhuc exiſterent intra tempus ad obtinendum beneficium in integrum reſtitutionis indultum, et intra annum et diem *retractui praefixum. Haec ergo praeſcriptio ſtatutaria haud effluxerat: adhuc intra annum, a tempore contractus celebrati computandum, erant conſtituti, et ita non poterat moueri quaeſtio, an minoribus haud curreret? quae tunc demum formanda fuiſſet, ſi annale ſpatium exſpiraſſet. Reſtitutionem vero vel ideo vrgebant, quia conſenſerant patri alienanti, et ſic retractui renunciaſſe videbantur. Ex his facile animaduertes,* clariſſime Candidate, *omnia tuta eſſe in iure canonico, nullumque Tibi obſtaculum ex eo imminere. Reliqua omnia merito probo, quae in tua diſſertatione inaugurali adduxiſti, Tibique de hoc examine publico ſolennique pio gratulor affectu. Per aliquot annos literis interioribus in hac palaeſtra, magna mentis auiditate, incubuiſti, meque inter alios ducem ſtudiorum Tuorum elegiſti, imo amplius dicam, hoſpitem et teſtem domeſticum. Fructum diligentiae Tuae iam carpis, et honorifico certamine robur virium Tuarum experiri intendis. Non poterit igitur tam optimo conatui deeſſe praemium, quod Candidatis tantum digniſſimis debetur, id quod, vt Tibi proſpere cedat, opto voueoque. Dab. d. XXX. Mart. MDCCXIX.*

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXV.

AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE PRAESCRIPTIONE ANNVORVM REDITVVM REALIVM.

ARGVMENTVM.

I. Argumenti ratio. II. Annuus reditus quid? III. Eſt vel realis, vel perſonalis. IV. Realis iuri Rom. incognitus. V. Origo ex iure Can. VI. De praeſcriptione immunitatis ab annuis reditibus ſtatus controuerſiae. VII. Recenſus doctorum eandem negantium, VIII. et affirmantium, cum quibus conſpirat Ius Saxonicum, Colonienſe, Boruſſicum, Marchicum. IX. Recenſus argumentorum ſententiae negatiuae. X. Affirmatiua defenſa 1) *vi praeſcriptionis ad omnia iura pertinentis. XI.* 2) *ex natura actionis realis, pro annuis reditibus competentis. XII.* 3) *quod L.* 7. *C. de praeſcript: ad annuos reditus non pertineat. XIII.* 4) *exemplo ſeruitutum alternis annis conſtitutarum. XIV.* 5) *quod annui reditus conuentione conſtituantur. XV.* 6) *quod immunitas ab aliis praeſtationibus praeſcriptione acquiratur. XVI. Reſponſio ad rationes dubitandi. Explicatur L.* 7. *C. de praeſcript.* 30 *annorum. XVII. Annui reditus nec ſub conditione nec in diem debentur. Eorum diſcrimen ab annuis legatis. XVIII. XIX. Reſponſio ad reliqua argumenta. XX. Tempus praeſcriptionis annuorum redituum. XXI et XXII. Ius Magdeburgicum de hoc argumento explicatur. XXIII. Praeſcriptione aduerſus annuos reditus iure particulari negata, admittenda eſt immemorialis. XXIV. Haec vim tituli*

Digitized by Google

tituli et probationis habet. XXV. Quod ex iure Magdeburgico illuſtratur. XXVI. Dubia aduerſus illam excuſſa. XXVII. An interpellatio extraiudicialis praeſcriptionem tollat? XXVIII. An quantitas annuorum redituum praeſcriptione mutari poſſit?

§. I.

Huius controuerſiae antiquitas.

Non heri aut nudius tertius haec de *praeſcriptione annuorum redituum* controuerſia nata eſt, ſed ſub ipſis iuris Romani reducti incunabulis iam olim in Italia magnis motibus agitata inter MARTINVM et BVLGARVM, et deinceps per aliquot ſecula ad vsque noſtra tempora propagata. Habuit vero haec, quemadmodum plures aliae, illa fata, vt eius deciſio magis ex numero Doctorum, quam rationum ponderibus, magis ex auctoritatis praeiudicio quam tramite veritatis deſumta et deducta fuerit, quaſi communis error ius quoddam ſeu legem iudici praeſcribere poſſit. *l.* 37. *ff. de LL.* Acceſſit praeterea non leuis circa illam confuſio plurium quaeſtionum, quae rurſus incertas peperit deciſiones, vt proinde operae pretium me facturum eſſe iudicauerim, ſi hanc controuerſiam denuo ſub incudem reuocarem, et, ſepoſito omni praeiudicio, illam ſecundum diſtinctas quaeſtiones examinarem. Faxit Deus feliciter.

Quid ſit annuus reditus.

§. II. Eſt autem *cenſus* vel *annuus reditus* ius ſtato tempore annuo certam penſionem exigendi ſuper rebus immobilibus alterius vel perſonali obligatione legitimo conſtitutum titulo. RODERICVS de *annuis reditibus lib.* 1. *qu.* 3. *n.* 4. Ab vſuris varia ratione eos diſtinguunt, aſſerentes videlicet (1) vſuras eſſe *acceſſorium*, ſeu inſtar *mercedis* pro vſu pecuniae mutuo acceptae, vt dicitur *in l.* 58. *ff. ad SCtum Trebell.* annuum reditum vero debitum quoddam principale, imo ipſam mercem, cum pretio interueniente con-

eius differentia ab vſuris.

Digitized by Google

conſtituatur: (2) inde vſuras vſurarum quidem peti non poſſe, bene tamen vſuras annuorum redituum a tempore morae: imo (3) poſſe annuos reditus vltra alterum tantum exigi, ſecus ac vſuras, adeoque (4) illos eſſe fauorabiles et nulla tali iniquitate maculatos, qualem plures in vſuris finxerunt, adeo vt, prohibitis licet vſuris, haud tamen cenſeantur prohibiti annui reditus: (5) in mutuo vſurario tam *debitori* quam *creditori* permiſſam eſſe facultatem ſoluendi aut exigendi debitum; ſed in annuis reditibus tantum *venditori* competere facultatem redimendi reſtituto pretio, non vero *emtori* poteſtatem exigendi reſtitutionem pretii. *Ordin. Polit. de anno* 1548. CARPZ. *P.* 3. *c.* 24. *def.* 16. (6) mutuum vſurarium eſſe praeſcriptibile, non vero annuos reditus, quod tamen eſt pomum illud Eridos, de quo hic agendum erit.

Reditus annuus eſt vel realis. §. III. Eſt vero annuus reditus vel *realis* vel *perſonalis.* Illum definit FRANZK. *lib.* 1. *reſol.* 2. *n.* 5. quod ſit *ius per interuenientem venditionem vel ſimilem titulum ad transferendum dominium habilem ſuper re immobili de ſua natura fructifera certis finibus deſignata pro penſione annuatim ſoluenda fundatum ſeu conſtitutum.* Hac ratione *ſeruituti* aliisque *oneribus realibus* comparatur, cum rem ipſam afficiat, eique perpetuo inhaereat, inſimulque tertium poſſeſſorem grauet, CARPZ. *lib.* 5. *reſp.* 98. *n.* 10. FRANZK. *lib.* 1. *reſol.* 3. *n.* 21. Hoc poſito, etiam realem actionem de ſua natura producere debet aduerſus quemuis poſſeſſorem, vbi CARPZ. *cit. l.* hypothecariam quidem eligit, alii tamen rectius *utilem confeſſoriam* locum habere exiſtimant. Quemadmodum vero *ius in re* nemo absque *quaſi traditione* acquirere poteſt, ita recte inde inferunt, ſola horum redituum venditione ius in re immobili haud acquiri, *l.* 20. *C. de pact.* ſed quaſi traditionem, quae reali ſolutione annuorum redituum de re immobili perficitur, accedere debere.

Digitized by Google

bere. FRANZK. *lib.* I. *reſol.* II. *n.* 116. LYNCKER. *de annuis reditib. diſp. IV.* §. 4. *n.* 21. Ex quo per ſe fluit, a tertio poſſeſſore hos annuos reditus exigi haud poſſe, niſi prius actor probauerit, realem ſolutionem poſt venditionem contractam acceſſiſſe. *Perſonalis* eſt, qui conſiſtit in ſola obligatione perſonae promittentis certum reditum, non habito reſpectu certae rei, FRANZK. *lib.* I. *reſ.* I. *n.* 51. quem tamen *palliatas vſuras* eſſe, prudentiores iam dudum iudicarunt. *vel perſonalis.*

§. IV. De ipſa origine annuorum redituum varie ſentiunt. B. BORNIVS *diſſ. de cenſu conſtitutiuo c.* 2. §. 2. hos cenſus ſeu reditus iam cognitos fuiſſe aſſerit ante Iuſtiniani tempora, idque euinci poſſe arbitratur ex *tot. tit. de annuis et menſtr. legat.* item *de vſufruct. et reditu legato.* Imo ipſe Iuſtinianus conceptis verbis mentionem *annuorum redituum* facit in *Nou.* 160. *c.* I. eosque ab vſuris ſatis aperte diſtinguit. Modi autem conſtituendi hos cenſus iuris Gentium ſunt, adeoque ipſum negotium non demum iuri canonico aut moribus recentioribus adſcribendum videtur. Equidem haud inficias ire poſſum, in iure Romano plura de *annuis reditibus* eſſe conſtituta, quae analogiam quandam cum his, de quibus agimus, habent; aſt tales annuos reditus, quales poſterior inuenit hominum aetas, hactenus fruſtra in iure Romano quaeſiueris. Vbi enim tales reditus annui, rebus immobilibus inhaerentes, tertium et quemcunque poſſeſſorem grauantes, actionem realem producentes? Contrarium potius colligo ex *l. vlt. in f. ff. de contrah. emt. v.* vbi ICtus ita: *Lucius Titius promiſit DE FVNDO SVO centum millia modiorum frumenti annua praeſtare praediis Caii Seii: poſtea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: quo iure quaque conditione eo praedia Lucii Titii hodie ſunt, ita veneunt, itaque habebuntur. Quaero an emtor Caio Seio ad praeſtationem*

Vnde ortus ſit.

non ex iure ciuili.

Digitized by Google

nem frumenti ſit obnoxius. Quodſi hic caſus hodie ad decidendum proponeretur, parata foret reſponſio, emtorem eſſe obnoxium, quia *de ipſo fundo* promiſſae eſſent annuae praeſtationes, et ita illas tanquam onus reale fundo inhaerere, et cum eo ad quemcunque poſſeſſorem tranſire. Sed Scaeuola longe aliter reſpondet; *emtorem Caio Seio ſecundum ea, quae proponerentur, obligatum haud eſſe.* Nec aſſeri poteſt, fuiſſe tantum in propoſita ſpecie annuum reditum *perſonalem* conſtitutum, non *realem*; id enim eſt, quod in contentionem venit, de quo quaeritur, vtrum *realis* cenſus iuri Romano conueniat? Nam perſonalem cenſum facile admittere poſſumus, cuius etiam mentio inicitur in *l.* 7. §. 1. *de C. praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* Deinde in *cit. l. f.* expreſſe pactum ita erat conſtitutum, vt *de certo praedio* annua praeſtarentur, et tamen ICtus negat, tertium poſſeſſorem hoc onere grauari. Accedit quod haec reditus annui praeſtatio de certo praedio *in faciendo* conſiſtat, iure autem Romano talis ſeruitus in faciendo conſiſtens non detur *l.* 15. *ff. de ſeruitut.* cum tamen Dd. cenſum realem ſeruituti aequiparare ſoleant. Idem infra §. *XII.* ex *l.* 12. *ff. de ann. leg.* vlterius declarabitur.

Moribus corruptis adſcribitur origo cenſuum realium.

§. V. Aliunde ergo natales *realium redituum* repetendi ſunt. Scilicet conſtat ex patrum antiquorum placitis, vſuras eſſe prohibitas, et pro illicitis declaratas ex inani perſuaſione, ſaluatorem illas prohibuiſſe in verbis illis: *mutuum date nihil inde ſperantes*, cuius contrarium tamen eleganter et ſolide docuit GERARDVS NOODT *de foenore et vſuris lib.* 1. *c.* 5. *et ſeqq.* Cum vero ita ditiores, maxime ipſae eccleſiae et monaſteria hoc modo prohiberentur, lucrum ex pecunia ſua quaerere, in fraudem huius prohibitionis inuenta eſt *emtio annuorum redituum*, et hoc colore tandem admiſſa, quod emtio venditio eſſet contractus licitus, et quod quilibet rei ſuae onus imponere poſſet. Quod

Quod negotium cum valde proficuum eccleſiis eſſet, a Pontificibus mox approbatum eſt, vnde non dubitarunt ICti, originem ex iure Canonico petere FRANZK. *lib.* I. *reſol.* I. *n.* 55. *ſeqq.* Ius Canonicum enim occaſionem praebuit, qua hi annui reditus introducerentur, et inde Martinus V. *in c.* I. *de emt. vend. in extr. commun.* et Calixtus III. *in c.* 2. *eod.* hoc negotium opprobant tanquam antiquiſſimum non certo iure conſtitutum, ſed rationabili conſuetudine per tempus immemoriale et cuius initii non extet memoria obſeruatum. Non opus fuiſſet, *conſuetudinem* allegare, ſi *iure ciuili* hi annui reditus cogniti fuiſſent. Sunt itaque hi reditus vnice inuenti ad palliandas vſuras, quem in finem etiam in Receſſibus imperii ad legitimam quantitatem vſurarum redacti ſunt, vt vel exinde appareat, nihil aliud niſi *foenus* ſub illis latitare. Imo, ſi dicendum quod res eſt, longe deteriores ſunt ipſis vſuris, et ita incauta et imprudenti prohibitione ſua patres grauius malum in rempublicam introduxerunt, quod in vſuris plane exulat, vt non inepte mihi dixiſſe videar, eſſe hos reditus *moribus corruptis* adſcribendos. Hoc modo enim vſurarum vſurae exiguntur, vſurae vltra alterum tantum in infinitum excreſcunt, tertium poſſeſſorem grauant, inde lites ingentes ratione euictionis emergunt, et quod communiter volunt, nulla praeſcriptione immunitas ab iis ſperanda eſt. Sane IO. DE LVGO *diſp.* 27. *de cenſib. ſect.* 2. non inepte dixit, *annuum reditum re ipſa non differre a mutuo vſurario, ſed in ſolo nomine, quatenus non appellentur nomine mutui ſed cenſus redimibilis.* Sed his immorari nolo, cum ſufficiat, pro ſtatu controuerſiae rite formando, breuibus naturam *annuorum redituum realium*, de quibus vnice ago, depinxiſſe.

§. VI. De his itaque annuis reditibus *realibus* iam quaeſtio mouetur: annon immunitas ab illis ordinario tem- *Status controuerſiae formatur.*

Digitized by Google

pore poſſit praeſcribi a tertio maxime b. f. poſſeſſore, qui rem, antea hiſce reditibus obnoxiam, bona fide vt liberam et immunem emit, et longo vel longiſſimo tempore vt talem poſſedit? Non ergo quaeſtio hic eſt, de annuo reditu *perſonali*, qui reuera mutuum conſtituit, et vſura tantum ſub nomine annui cenſus palliatur. De illo enim communiter ſentiunt, debitorem ipſum ſeu venditorem praeſcribere non poſſe, quod ſciat, ſe annuos reditus debere, et ita non ſoluendo in m. f. conſtitutus eſſe videatur; quae de iure canonico et moribus excludit omnem praeſcriptionem. *c. f. X. de praeſcript.* Ex quo etiam vulgo concludunt, mutuum a debitore per 30. annos praeſcribi non poſſe. Quamuis vero de hac ſententia dubitari poſſit, et argumenta ſolida in contrarium adſint, quae erudite pro more excuſſit COCCEIVS *de finibus bonae fidei in praeſcript. de iur. can. ſect.* 2. *et* 3. nolo tamen in praeſentiarum hanc litem facere meam, quae a ſcopo meo plane aliena eſt, ſed de *realibus reditibus* duntaxat diſquiram. Vbi rurſus non principaliter diſquiram de ipſo *venditore*, an et quatenus hic immunitatem ab illis praeſcribere poſſit; nam hic recurrunt eadem dubia, quae iam tacta ſunt: ſed potius hic quaeſtio eſt vel de *herede* vel de *tertio poſſeſſore*, qui rem immobilem, antea reditibus obnoxiam, longo vel longiſſimo tempore per 30. vel 40. annos b. f. poſſederunt. Denique etiam ab hac quaeſtione diuerſa haec eſt, an, qui longiſſimo tempore in minori valore ſolutionem fecerit, poſtea tutus ſit exceptione praeſcriptionis, ſi venditor cenſum rurſus in eo valore exigat, qui fuit tempore venditionis? Cum vero haec quaeſtio principali valde connexa ſit, iisdemque fundamentis nitatur, poſtmodum etiam illam examinabo.

Variae opiniones Dd. de §. VII. Quod ergo principalem et primariam quaeſtionem de *praeſcriptione immunitatis ab annuis reditibus reali-*

Digitized by Google

realibus concernit, in varias abierunt ICti opiniones. Inter eos, qui praeſcriptionem excluſerunt, ducem et omnium praecurſorem nominamus antiquum illum gloſſatorem MARTINVM DE FANO, collegam Irnerii, qui primus ad *l.* 7. §. *f. C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* adſtruere conatus eſt, tot requiri praeſcriptiones, quot ſunt annuae praeſtationes, ſiue ex legatis, ſiue ex contractibus deſcendant, et inde vna praeſcriptione immunitatem acquiri haud poſſe. Hunc poſtea certatim plures, imo ſi numerum reſpicias, plerique ſecuti ſunt, eandemque cantilenam ingeminarunt. Inter hos ex antiquis plures recenſentur a BOËRIO *deciſ.* 336. in quorum caſtra poſtea ipſe abiit *n.* 4. Inuenit etiam Martinus multos aſſeclas ex recentioribus, vt BERLICH. *P.* 2. *concl.* 4. THESSAVR. *deciſ.* 114. GAIL. *lib.* 2. *obſ.* 73. BERNH. GRAEVE *lib.* 2. *concl.* 73. GRÖNEWEGEN *in LL. abrog. ad C. ad l.* 7. §. *vlt. C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* MYNS. *cent.* 3. *obſ.* 13. KLOCK. *vot. Camer. relat.* 102. *n.* 62. *et* 132. STEPHAN. GRATIAN. *tom.* 2. *diſcept. for.* 399. *n.* 29. TREVTLER. *vol.* 2. *diſp.* 22. *th.* 3. *lit. i.* CARPZ. *P.* 2. *C.* 2. *def.* 1. SANDE *deciſ. Friſ. lib.* 4. *lit.* 6. *def.* 2. BOCER. *claſſe* 5. *diſp.* 22. *th.* 52. *lit. q.* Coll. I. Arg. *lib.* 22. *tit.* 1. *th.* 18. PEREZ. *in C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann. n.* 10. *et* 11. ZOES. *ad tit. ff. de vſurpat. et vſuc. n.* 44. 10. PHILIPP. LYNCK. *de redit. ann. diſp.* 8. §. 11. *n.* 35. BRONCHORST. *cent.* 4. *aſſert.* 5. BORCHOLT. *de vſur. c.* 4. *n.* 36. *ſeqq.* aliosque plures. Ab his non adeo recedere videntur, qui praeſcriptionem quidem admittunt, ſed ita vt non ſufficiat, nihil per plures annos ſolutum vel exactum eſſe, ſed praeſupponi debeat, interueniſſe factum negatiuum, h. e. vt dominus cenſum exegerit, cenſuarius vero contradixerit, et dominus huic contradictioni acquieuerit, per *l.* 7. *l.* 10. *quemadm. ſeru. amitt. l.* 6. *de ſeru. praed. vrb. l.* 4. §. 27. *d. vſuc. Aſt vero,* ait B. BORNIVS *de cenſu conſtitut. c.* 7. §. 12. *ſi*

haec controuerſia.

et quidem (1) negantium.

12. *ſi factum nullum negatiuum interuenerit, ſolus temporis lapſus ad ius cenſiticum perimendum non ſufficit, licet vel* 100. *anni fluxerint.*

(*z*) *affirmantium.* §. VIII. Sed collega Martini, eius tamen in plerisque opinionibus controuerſis aduerſarius, BVLGARVS in *cit. l.* 7. in diuerſas iturus partes ſuſtinuit, vnam ſufficere praeſcriptionem pro omnibus etiam futuris praeſtationibus, ex quocunque titulo deſcendentibus, qui mox quoque aſſeclas ſuos ex antiquis inuenit, relatis a BOËRIO *deciſ.* 336. *n.* 2. et BERLICH. *P.* 2. *concl.* 4. *n.* 4. Quin etiam Bulgarus patronos ſuae ſententiae inter recentiores inuenit, non quidem tanto numero vti Martinus, ſed fortioribus tamen argumentis inſtructos. Scilicet prae aliis hic nominandi ſunt FRIDERICVS MARTINI *de iure cenſ. c. VIII. n.* 157. BACHOVIVS *ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 22. *th.* 3. *lit. i.* BRVNNEMANN. *ad l.* 7. §. 6. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann. n.* 8. vbi ait, in puncto iuris ſibi placere opinionem BVLGARI et BACHOVII. In hanc porro magis inclinant HAHN. *ad Weſemb. ad tit. de legat. ann. in f.* HIERONYM. SCHVRFF. *vol.* 1. *conſ.* 10. *n.* 12. *ſeqq.* BERNHARD. WVRMSER. *lib.* 1. *tit.* 45. *obſ.* 5. *n.* 3. 8. PETRVS FRIDERVS *de Proceſſ. mandat. lib.* 2. *c.* 74. §. 4. *ſeqq.* HARPRECHT. *de praeſcript. immunitat. a collect. c. II.* §. 7. LYNCKER. *cent. IV. deciſ.* 303. Neque ab hac ſententia recedunt, qui diſtinguunt inter *legata* annua, et reditus annuos per *contractum* quaeſitos; ita vt ibi quidem multa ſint legata; hic vero tantum vna obligatio, quam diſtinctionem ſecuti fuere Ioannes, AZO, ACCVRSIVS, OLDRADVS aliique plures relati a BOËRIO *cit. l. n.* 3. et BERLICHIO *P.* 2. *concl.* 4. *n.* 13. eamque communiter a Dd. approbatam eſſe dicit FRANCISCVS BALBVS *de praeſcript. P.* 4. *princ. quaeſt.* 4. *per tot.* quam etiam defendit HAHN. *ad Weſemb. c. l.* Secundum horum ſententiam itaque in reditibus annuis realibus, *emtione* acqui-

Digitized by Google

acquiſitis, locus erit praeſcriptioni 30. annorum, cum hic tantum vna praeſcriptio adſit, non plures, vti in legatis. Hanc ſententiam manifeſte approbauit Elector Saxoniae *P.* 2. *C.* 2. vbi ita diſponit: *Wie wohl eine ſchwere* diſputation *in Rechten iſt*, num annuae praeſtationi in totum poſſit praeſcribi? *dennoch ſo haben unſere Verordnete dahin geſchloſſen, daß die iärliche Zinſe und* praeſtationes, *die aus einer Zuſage oder* Contract *ihren Urſprung haben, ſo ſie über rechts verwehrte Zeit nicht erleget, können veriähret werden, nicht allein, daß die verſeſſenen Zinſen nicht zu zahlen, ſondern auch daß die zukünfftigen nicht dürffen erleget werden.* In verbis ſequentibus haec praeſcriptio quoque extenditur ad annua legata, de quibus plures antea dubitauerant. Non immerito itaque trahor in admirationem, quod nihilominus ICti Saxonici in diuerſam tracti ſint ſententiam. Etenim CARPZ. *def.* I. *ad cit. conſtit.* 2. contendit, illam conſtitutionem haud pertinere ad annuos reditus redimibiles, ſed tantum loqui de *acceſſionibus annuis* et *vſuris*, quod aperte textus ipſe refutat. Facit ibidem Sereniſſ. Elector mentionem difficillimae inter Dd. contentionis de hac materia, quae vnice fuit circa praeſcriptionem *annuorum redituum*, non *vſurarum.* Vbi enim de his conteptio inter Dd.? Porro ſtatum controuerſiae ita format: *num annuae praeſtationi in totum poſſit praeſcribi*? His verbis exprimitur ipſe ſtatus controverſiae, quem hic expedire conſtitui. Porro remouetur diſtinctio a pluribus aſſerta inter annua debita ex *vltima voluntate* et *contractu.* Atque haec ipſa diſtinctio circa hanc controuerſiam a pluribus allata eſt, vt, ſi dicendum, quod res eſt, non de alia quaeſtione deciſionem Elector fecerit, quam de hac praeſcriptione annuorum redituum. Vnde non diffitetur BERLICH. *P.* 2. *concl.* 4. *n.* 15. Auguſtum Bulgari ſententiam approbaſſe, qui praeſcriptionem in

Ius Saxonicum hanc ſententiam approbat.

annuis reditibus admiſit, quod nec CARPZOVIVS *cit. l. n.* 2. negare potuit, et tamen ambo quaſi ſui immemores in reditibus annuis contrarium ſtatuerunt. Sic enim etiam BERLICH. *cit. l. n.* 22. *Tertio limitatur in reditibus et aliis praeſtationibus annuis, quae non ſimpliciter, ſed ſub pacto de retrouendendo, ſunt promiſſae, illae enim ita, vt in futurum non debeantur, praeſcribi non poſſunt.* At huius exceptionis nullam iniecit mentionem Auguſtus, imo propter hanc ipſam deciſionem ſuam facere videtur. Nec quod *ſub pacto de retrouendendo* ſint promiſſae, rationem vllam diuerſitatis arguit, quae non quidem ab iis adducta eſt, nec adduci poteſt. Ex quo apparet, hos duos ICtos magis praeconceptae opinioni inhaerere, quam deciſionem authenticam ſequi voluiſſe. Hanc eandem ſententiam

Item ius Coloniense. quoque amplexus eſt Sereniſſ. *Elector Colon. in Ertz-Stiffts Cölniſcher Rechts-Ordnung* tit. 16. vbi ita: *Als unter den Rechtsgelehrten unterſchiedliche Meinungen ſind, ob in iährlichen Renthen und Gefällen die Veriährung platz haben könne, ſo haben wir allen Anlaß zu Irrungen und Streitigkeiten vorzukommen, nöthig erachtet, dieſerwegen ein gewiſſes zu verordnen: weiln denn die gemeine beſchriebene, auch faſt aller Völker Rechte ihr abſehen fürnehmlich dahin richten, daß in menſchlichen Handelungen endlich einmahl eine Sicherheit ſeyn, und niemand zu immerwehrender Sorg und Furcht des Seinigen ſtehen möge, derienige auch, welcher eine gar lange geraume Zeit mit ſeiner Forderung ſtillſchweiget, ſeine Verſäumnis niemand anders als ihm ſelbſten zuzumeſſen hat, ſo wollen wir, daß alle dergleichen iährliche Renthen, Zinſen und Gefällen, in viertzigiähriger Zeit, wenn nehmlich darunter keine Anſprach darumb geſchehen ſeyn wird, allerdings erloſchen und getödtet ſein, und der Schuldner alsdann ferner darum nicht angefochten werden ſoll.* Eadem ſententia

tentia quoque approbata eſt in *iure prouinc. Pruſſ. lib.* 3. *et ius Bo-*
tit. 4. *art.* 4. §. 6. vbi auguſtiſſimus legislator ita: *Ob aber* *ruſſicum.*
iährliche Zinſe und Pächte in totum *gantz und gar kön-
nen praeſcribiret oder veriähret werden, iſt eine ſchwere*
diſputation *in Rechten. Wir laſſen uns aber hierin deren
Meinung gefallen, daß die iährliche Zinſe und* praeſta-
tiones, *welche aus einer Zuſage oder* Contract *ihren Ur-
ſprung haben, ſo ſie über rechts verwehrte Zeit, als nehm-
lich über* 30. *Iahr, Iahr und Tag, nicht erleget, können
veriähret und praeſcribiret werden, nicht allein daß die
verſeſſene Zinſen nicht zu zahlen, ſondern auch die zu-
künftige nicht dürffen erleget werden. Welches auch in
Teſtamenten und lezten Willen ohne Unterſchied aus Krafft
dieſer unſerer Meinung, dieweil in Rechten derowegen
auch Zweifel geweſen, ſtatt haben, und dergeſtalt, daß
die Zinſen veriähret und praeſcribiret werden ſollen, dar-
auf dann unſere Gerichte hinführo zu erkennen und zu
ſprechen haben.* Similiter *P.* 1. *Conſtit. March.* 27. eadem *et Marchi-*
haec ſententia approbata eſt his verbis: *bey Rechte wird* *cum.*
*sehr zweiffelhafftig diſputiret, ob Zinſe und Pächte, gantz
oder zum theil können praeſcribiret werden, als wenn ein
Zinßmann in* 30. *Iahren keine Zinſe erleget, oder wenn
man in* 30. *Iahren* 5. *Fl. Zinß oder* 18. *Sch. Korn
gegeben, da doch* 6. *Fl. oder ein Winſpel Korn iährlich zu
geben verſchrieben worden, und wiewohl die Rechte dis-
fals einen Unterſchied machen unter den Contracten und
Teſtamenten, ins Käyſerl. Cammer-Gericht aber ohne Un-
terſcheid geſprochen wird, daß in obgeſezten Fällen keine*
praeſcription *ſtatt habe, dieweil aber für richtiger angeſe-
hen, auch in denen benachbarten Orten geordnet und ge-
ſprochen wird, daß die iährige Pächte oder Zinſe ſo wohl
als die Haupt-Summe und Hauptſchuld gantz oder zum
theil innerhalb* 30. *Iahren veriähret werden können, ſo laſ-*

ſen wir es auch dabey beruhen, und ſoll in unſerm Lande darauf hinführo geſehen und geſprochen werden.

Fundamenta negatiuae ſententiae eruuntur. argum. 1. §. IX. Tot tantisque motibus agitata eſt per aliquot ſecula haec controuerſia, cuius fundamenta in vtramque partem excutienda ſunt. Qui negatiuam tuentur ſententiam, potiſſimum (I) ſe fundant in natura annuarum praeſtationum, quae haec eſt, vt tot ſint praeſtationes quot anni, et ita ſingulis annis noua praeſtatio debeatur, vt ſpeciatim de annuis legatis conſtat ex *l. vn. ff. quand. dies vſusfr. ced. l. 4. ff. de annuis legat. l. 11. §. eod. l. 10. ff. quando dies legat. l. 12. et 20. eod.* Et quamuis ſtipulatio: *in annos ſingulos*, vna eſſe dicatur non multiplex in *l. 16. inf. ff. d. V. Obl.* id tamen non putant ad omnes contractus, maxime b. f., extendendum, ſed potius ad *ſtricti iuris negotia* reſtringendum eſſe. Inde porro inferunt, quia tot ſunt debita, quot anni, ſingulorum quoque annorum ſeparatam eſſe praeſcriptionem. Imo nullam hic faciendam eſſe diſtinctionem inter annua ex teſtamento aut contractu debita, colligunt ex *l. 7. §. f. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* qui textus a plerisque pro deciſione huius controuerſiae adduci ſolet. Ita autem ibidem diſponitur: *In his etiam promiſſionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per ſingulos annos vel menſes aut aliquod ſingulare tempus continent, tempora memoratarum praeſcriptionum non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cuiusque anni vel menſis vel alterius ſingularis temporis computari manifeſtum eſt.* Ad corroborationem huius ſententiae etiam a BERLICH. *P. 2. concl. 4. n. 10. in f.* adducuntur duo textus ex iure canonico, ſcilicet *c. 6. de relig. dom. c. 20. ſub fin. de cenſ.* qui tamen, cum nullum idoneum argumentum ſuppeditent, merito ſeponendi ſunt. *II. argumentum.* Nouum vero (II) argumentum inde formant, quod in annuis praeſtationibus praeſentis anni debitum purum ſit, ſequentium autem in

diem

Digitized by Google

diem vel ſub conditione collatum *l.* 4. *l.* 11. *ff. de annuis leg.* Iam autem conſtat, quod obligationibus in diem vel ſub conditione non poſſit praeſcribi, antequam dies venerit, vel conditio extiterit. Ita enim Imperator Iuſtinus in *l.* 7. §. 4. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *annor. Illud autem plus quam manifeſtum eſt, quod in omnibus contractibus, in quibus ſub aliqua conditione vel ſub die certa vel incerta, ſtipulationes et promiſſiones vel pacta ponuntur, poſt conditionis exitum vel poſt inſtitutae diei certae vel incertae lapſum praeſcriptiones* 30. *vel* 40. *annorum, quae perſonalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt.* (III) Hanc quoque BERLICH. *cit. l. n.* 12. addit rationem, quod praeſcriptio ſine poſſeſſione haud procedat, debitor autem annuarum praeſtationum et futurarum in quaſi poſſeſſione, libertatis ſcilicet, non ſit, quam communiter eum demum impetrare poſſe volunt, ſi per denegationem cenſus domino quaſi poſſeſſionem ſui iuris interuertit, quod eo ipſo cenſeri factum volunt, ſi denegationi acquieuit. Dn. BORN. *de cenſ. Conſtit. c.* 7. §. 12. Hanc enim interpellationem et ſubſecutam denegationem vt plurimum in praeſcriptione immunitatis ab eiusmodi praeſtationibus annuis requirunt KLOCK. *de contrib. c.* 16. *ſect.* 2. *n.* 67. MATTH. COLER. *conſ.* 1. *n.* 274. MANLIVS *de collect. tit.* 7. *n.* 7. MAGERVS *de aduoc. arm. c.* 14. *n.* 175. (IV) Addit CARPZ. *cit. def.* 1. *in f.* etiam hanc rationem, quod annuus reditus non ſit acceſſorium vt vſura; ſed ipſa ſors aut merx, interim tamen non ſit in rerum natura, antequam dies venerit. Quod autem non eſt, praeſcribi nequit. His addi poſſet, (V) quod decimae quoque praeſcriptionem reſpuant, BERLICH. *P.* 2. *concl.* 4. *n.* 24. MONETA *de decimis c.* 5. *n.* 105. quibus hi annui reditus non abſimiles eſſe videntur, et conſequenter eadem ſub diſpoſitione iuris comprehendi debent.

III. argumentum.

IV. argum.

V. argum.

Digitized by Google

Fundamenta ſententiae affirmatiuae adducuntur et probantur. §. X.* Haec fundamenta adducta ita quidem comparata ſunt, vt ſpeciem quandam prae ſe ferant; vt autem plene conuincant, nullumque dubium relinquant, inidonea eſſe arbitror. Id ipſum eo facilius conſtabit, ſi fundamenta affirmantium quoque adduxerimus, et reſponſiones ad contraria dederimus. Scilicet (1) conſtat, omnia iura praeſcriptioni eſſe obnoxia, quae non expreſſe aut nominatim excepta deprehenduntur, quo argumento in ſimili caſu vtitur HARPRECHT *de praeſcript. immun. a collect.* c. 2. §. 2. Iam autem hi reditus annui reales nullibi excepti a praeſcriptione leguntur; non in *iure ciuili;* huic enim plane incogniti ſunt, vt ab initio demonſtraui, nec cum illis annuis praeſtationibus comparari poſſunt, de quibus in *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* agitur, vti infra explicandum eſt. Nec *ius Canonicum* hic exceptionem facit, cum textus nullus idoneus deciſiuus in hanc rem allegari poſſit. Neque porro *moribus* praeſcriptio hic excluſa eſt, quod vel ſtatuta in contrarium adducta demonſtrant, et incertae Dd. opiniones, ſupra adductae, oſtendunt. Nec *obſeruantia iudicialis* conſtans et vniuerſalis hanc ſuſtulit, cum praxis Camerae non ſit praxis totius Imperii, nec ſemper eandem ſententiam foueat, cum plerumque mutato praeſide ſententiae mutentur, nec inferiora iudicia huius iudicata ſequi teneantur, ſicuti nequidem camera GAILII et MYNSINGERI ſententiam vbique ſecuta eſt. vid. LYNCKER. *cent.* 4. *deciſ.* 303. *in f.* Neque denique *ratio idonea* adduci poteſt, ob quam praeſcriptio in hoc caſu ceſſare deberet, cum tamen eadem fundamenta praeſcriptionis, quae in aliis actionibus locum habent, hic quoque occurrant. Ceſſante ergo exceptione, ſtandum erit regulae.

Argum. I. a praeſcriptione deſumtum.

II. Argumentum a natura actionis realis deſumtum. §. XI. Ipſa quoque (II) natura iuris, quod in reditibus realibus adeſſe communiter aſſeritur, argumentum idoneum pro hac ſententia ſuppeditat. Actionem enim *realem* pro illis

illis competere conſtat, quamuis in ipſo genere actionis non conueniant. Quidam enim *hypothecariam* indulgent, quaſi pro ſolutione cenſus hypotheca tacita ſit conſtituta, quod defendit CARPZOV. *lib.* 5. *reſp.* 98. *n.* 10. *ſeqq.* Hanc ſi adſumimus ſententiam, quis dubitabit, quin praeſcriptio poſſit locum habere, et poſſeſſorem intra 10. vel 20. annos liberare, cum tanto tempore actioni hypothecariae a tertio b. f. poſſeſſore praeſcribatur *l.* 1. 2. *C. ſi adu. cred. praeſcr.* quatenus per totum illud tempus rem poſſedit bona fide MEV. *P.* 4. *deciſ.* 283. vel ſi contra eccleſiam praeſcriptio opponeretur, tamen 40. anni in hac praeſcriptione ſufficerent. Plerique tamen, et quidem fundamentis inſtructi melioribus, ab hac ſententia recedunt, et pignus tacitum hic nullum admittunt, ſed potius actionem *vtilem confeſſoriam* contra tertium inſtituendam eſſe arbitrantur, quippe quae locum habet toties, quoties ius quoddam ſingulare maxime in re alterius quaeritur. FRIDER. MARTINI *de iur. cenſ. c. vlt. n.* 85. *et* 88. NIC. CHRIST. LYNKER. *de annuis redit. diſp. IV.* §. 2. Ius quippe illud annuorum redituum rem ipſam immobilem afficit, eique inhaeret inſtar alicuius ſeruitutis, et ita quoque cum re tranſit ad omnem poſſeſſorem. Hoc ſuppoſito, actio haec eadem fatalia habet, quae habet, ſi pro aſſerendis veris ſeruitutibus inſtituitur. Iam autem intra 10. vel 20. annos ſeruitus non vſu amittitur *l. pen. C. de ſeruit.* eousque etiam durat actio pro aſſerenda ſeruitute. B. STRYK. *de act. inueſt. Sect. III. m.* 2. §. 10. *ſeqq.* Quidni ergo confeſſoriae actioni pro aſſerendo iure redituum eadem haec obſtaret exceptio? Equidem ſi ex contractu ageretur cum ipſo venditore vel eius herede actione *perſonali*, dubium hic forſan aliquod moueri poſſet ex decantata *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* Aſt vero in confeſſoria ſimpliciter *ius in re* aſſeritur, hoc vero ita comparatum eſt, vt ſua natura ſit praeſcri-

Digitized by Google

ſcriptibile. Vnde dubium, quod ſingulis annis praeſtationes annuae renouentur et de nouo cedant, hic plane inconueniens eſt, vti infra explicabo.

III. argum. quod nequidem ius in re producere poſſit de iure ciuili.

§. XII. Imo, (III) quia diſſentientes omne ſuum fundamentum in *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* collocant, neceſſario quoque admittere debent, vt idem ius ciuile contra eos retorqueatur, vel ſaltim ex iure ciuili oſtendatur, hunc textum, plane ad *annuos reditus reales* haud pertinere, ſed eum tantum intelligendum eſſe de caſu, ſi cum ipſo venditore agitur. Ergo fruſtra de iure ciuili quaeſtio mouetur, an propter illam *l.* 7. annui reditus reales praeſcribi a tertio b. f. poſſeſſore poſſint. Hoc autem inde conſtat, quod tales annuae praeſtationes de iure ciuili nullum ius in re producant, aut rem adficiant. Id quidem iam §. *IV.* oſtendi, ſed alio textu aperto idem nunc quoque probandum eſt. Videlicet Paulus in *l.* 17. *ff. de ann. legat.* ſatis euidenter hoc oſtendit his verbis: *Caius Seius praedia, diuerſis pagis Meuiae et Seiae legauit et ita cauit: praeſtari autem volo praediis Potitianis praediis Lutatianis annua arundinis millia trecena et ſalicis mundae annua librarum ſingula millia: quaero an id legatum defuncta legataria extinctum ſit.* Si quaeſtio talis hodie proponeretur, omnes illam negarent, quod hic annuus reditus realis eſſet legatus, qui ſua natura perpetuus eſt. Sed longe aliter ICtus. *Paulus reſpondit, ſeruitutem iure conſtitutam non videri, neque in perſonam, neque in rem ſed fideicommiſſi petitionem competiiſſe, cui praedia Lutatiana legata ſunt, et ideo cum annua legata fuerint, mortua legataria, finitum legatum videri.* Ergo exinde conſtat, talem annuum reditum, licet *de certo fundo* relictus ſit, fundum ipſum de iure ciuili non adficere. Quodſi vrgeas, hodie tamen fundum tali annuo reditu adfici, et ita ex iure ciuili non poſſe hoc infringi; reſpondeo, me quidem id omnino admittere, ſed

Digitized by Google

ſed ita tamen non poſſe diſſentientes fundamentum ſuae ſententiae quaerere in *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* Haec enim ſi vel maxime in eo ſenſu accipi debeat, prout communiter accipitur, non tamen tertio fundi poſſeſſori opponi poteſt, de quo plane nec loquitur, nec loqui poteſt, poſtquam de iure Romano non datur annuus reditus realis. Id quod ſi verum eſt, vti omnino eſt, praeſidium omne diſſentientium corruit, quia ad hunc textum in hac controuerſia omnes tanquam ad ſacram anchoram confugiunt, nullum tamen praeſidium in eo habent.

§. XIII. Nouum (IV) argumentum mihi ſuppeditatur ex ipſa ſeruitute, quae etiam alternis annis conſtitui poteſt, ſicuti etiam nihil prohibet, quo minus poſſit reditus realis alternis annis conſtitui. Et tamen Paulus in *l.* 7. *ff. quemadm. ſeru. amitt.* non ea propter concludit, ſeruitutem talem praeſcribi plane non poſſe, ſed tantum aſſerit, quod *duplicato conſtituto tempore amittatur.* Cur ergo annuus reditus realis certo tempore amitti non poſſit? cur non etiam hic actio confeſſoria ſubiecta eſſet praeſcriptioni? Nec admitto rationem diuerſitatis, quando aſſerunt, ſeruitutem eſſe indiuiduam vnamque, et conſequenter annis alternis diem eius cedere non poſſe; nam, prout infra dicam, hoc in annuis reditibus aliter ſe non habet, ſed ſemel tantum itidem dies eorum cedit.

IV. argumentum a ſeruitute alternis annis conſtituta deſumtum.

§. XIV. Quin cum (V) hic agatur de annuis reditibus per *contractum* conſtitutis, minime huc applicari poſſunt, quae in iure de annuis legatis traduntur. In his enim plura eſſe legata conſtat; aſt in annuis praeſtationibus ex *contractu* quaeſitis diuerſitas in iure occurrit. Sic enim in *l.* 35. *in f. dem. c. donat.* ICtus ait: *licet multa eſſent legata, ſtipulatio tamen vna eſt.* Vnde concludit, eum, qui mortis cauſa in annos ſingulos pecuniam ſtipulatus eſt, non eſſe ſimilem ei, cui in annos ſingulos legatum eſt. Sic etiam in

V. Ab annuis legatis ad contractus non valet conſequentia.

in *l.* 16. *in f. de O. et A.* aſſeritur, quod ſtipulatio in annos ſingulos vna ſit. Quaenam vero ratio diuerſitatis hic ſubſit, infra §. *XVII. circa fin.* explicabitur.

VI Quod immunitas ab aliis annuis praeſtationibus acquiri praeſcriptione poſſit.

§. XV. Addi etiam (VI) poteſt haec ratio, quod etiam immunitas ab aliis praeſtationibus annuis praeſcriptione acquiri poſſit, in qua tamen maior difficultatis ratio eſſe videbatur. Sic immunitas a realibus collectis, quae in annua praeſtatione etiam conſiſtunt, praeſcriptione acquiri poteſt, HARPRECHT. *tr. de praeſcript. immun. a collect.* Sic quarta decimarum et funeralium quadragenali praeſcriptione tollitur *c.* 4. *X. de praeſcript.* Reſponſio BERLICH. *P.* 2. *concl.* 4. *n.* 5. noſtram ſententiam haud tangit, quippe qui de annuis reditibus realibus loquimur, cum tamen ille ſuam ad perſonales praeſtationes, ſeu actionem perſonalem ex promiſſione annuam reſtringat. Sic etiam immunitas a *decimis* eodem modo acquiri praeſcriptione poteſt, vti infra dicendum erit. Et denique (VII) cur non poſſet immunitas haec praeſcriptione acquiri, cum ipſe annuus reditus praeſcriptione in fundo alterius conſtitui poſſit? FRIDER. MARTIN. *de cenſ. c.* 3. *n.* 132.

Reſpondetur rationibus dubitandi.

§. XVI. Sed non neceſſe eſt, tot argumenta coaceruare. Si fundamenta contraria infracta ſunt, res ſalua erit. Primum et principale fundamentum contrarium petitum eſt ex eo, quod annuae praeſtationes ſingulis annis de nouo cedant, et ita ſinguli anni nouam praeſcriptionem requirant, prout explicant *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* Sed hic varie reſponderi poteſt. (I) iam §. *XII.* oſtendi, *cit. l.* ſatis inconuenienter applicari ad annuos reditus *reales*, quoties contra tertium b. f. poſſeſſorem agitur. Loquitur textus vnice de *obligationibus*, quae dationem per ſingulos annos continent, et ita tantum ibi de termino a quo praeſcriptionis inchoandae quaeritur. Proinde ſi cum venditore ipſo res eſſet, ad hanc legem facilius

Reſponſio ad l. 7. §. 6. *C. de praeſcr.* 30 *vel* 40. *ann.*

recur-

recurſus pateret. Diuerſa eſt ratio in tertio fundi, annuis reditibus obnoxii, poſſeſſore b. f. qui nullo modo obligatus eſt, ſed qui tantum ob ius in re, quod hodie fingunt, praeſtare debet hunc cenſum. Huic facilius praeſcribitur, quam obligationibus *l.* 3. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* Succeſſor ſingularis non praeſtat factum ſui anteceſſoris, adeoque de iure ciuili hic ne quidem praeſcriptione indiget, cum ipſo iure tutus ſit, conſequenter *l. cit.* 7. ad huius deciſionem allegari nequit. Imo (II) ſi vel maxime allegari poſſet, minime tamen in ea continetur deciſio ſententiae contrariae, vt erudite oſtendit BACHOVIVS *Vol.* 2 *diſp.* 22. *th.* 3. *lit. i.* Sollicitus tantum eſt Iuſtinus, vt oſtendat *terminum a quo* praeſcriptionis, et inde definit, tempora in huiusmodi obligationibus non ſtatim ab exordio talis obligationis computari debere: ſic enim contingere poſſet, vt brevi tempore exſpiraret obligatio. Quid enim ſi debitor per 24. annos ſoluiſſet annuas praeſtationes, poſtea per 8. annos deſiiſſet, praeſcriptio completa foret, ſi ſtatim terminus praeſcriptionis inchoandae computandus eſſet ab exordio ipſius obligationis. Quod cum abſurdum ſit, inde Iuſtinus ait, inchoandam eſſe praeſcriptionem *ab initio cuiusque anni vel menſis, vel alterius ſingularis temporis*, ſcilicet quo ſolutio facta non eſt. Ergo ſi ab initio primi anni non facta eſt ſolutio, ſtatim currere incipit praeſcriptio. Non enim ſtatim fieri debet ſolutio eo momento, quo contracta eſt obligatio, ſed ab initio anni ſequentis, vel conuentione determinati. Clarius explicat hoc Iuſtinianus *in l.* 8. *in f. C. cod.* aiens: *exceptionem etiam* 30. *et* 40. *annorum in illis contractibus, in quibus vſurae promiſſae ſunt, ex illo tempore initium capere ſancimus, ex quo debitor vſuras minime perſoluit.* Sunt etiam vſurae annuae praeſtationes, et ipſi reditus annui reuera tantum ſunt palliatae vſurae, atque adeo diuerſo iure quoad praeſcriptionem cen-

 ſeri

ſeri haud debent. Praeterea Imperator nullo modo aſſerit, tot eſſe debere proprias et ſeparatas praeſcriptiones, quot ſunt anni, id quod ne quidem ex verbis adductis colligi poteſt, vti contextus oſtendit. Nam quod de initio *CVIVSQVE ANNI* dicitur, tantum opponitur *exordio obligationis contractae*, vt ab eo computatio non ſit inchoanda. Exemplo textum declaremus. Vendidit Mevius de ſuo praedio anno 1519. eccleſiae B. M. V. pro 300. fl. annuos reditus 15 fl. et quidem d.V. Iun. nec tamen promiſſos ſoluit: quaeritur a quo tempore ſit inchoandus terminus praeſcriptionis? R. non a tempore venditionis contractae, ſed ab initio illius temporis, quo annuus reditus praeſtari debuit, nec tamen ſolutus eſt. Denique (III) Imperator eandem deciſionem applicat ad legata annua, quae tamen plura ſunt, interim tamen eo ipſo non ſemper multiplicatur praeſcriptio. Videlicet diſtinguitur, vtrum annua *ad certum tempus* ſint relicta, an *in perpetuum*. Priori caſu diſtinxere ICti, vtrum vnum tantum legatum eſſet, in plures penſiones tamen diuiſum, exonerandi heredis gratia, et hoc transmiſſibile ad heredes et vnum eſſe collegerunt. An vero alimentorum gratia ſingulis annis quid relictum; quo caſu reuera plura legata, et ſingulorum annorum ſeparatam praeſtationem eſſe cenſuerunt, adeoque primi anni *purum*, ſequentium vero *conditionale*; ineſſe enim eidem conditionem, *ſi viuat l.* 4. *ff. de ann. legat. l.* 20. *ff. quand. dies leg. ceſſ.* cum alimentorum legatum ad vitam legatarii reſtrictum ſit. Si legatum vnum eſt, veluti, ſi 5000. thal. legati ſunt, vt ſingulis annis 500. thaleros vsque in decennium praeſtet, ſemel ab initio dies quoad totam ſummam ceſſit, et ita heredes quoque reſiduum petere poſſunt. Si vero pro alimentis 50. thal. vsque ad decennium legati ſunt, ſingulis annis de nouo dies legati cedit, hoc effectu, vt legatarius petitionem legati eius

Quo ſenſu legata annua plura dicenda ſint.

eius anni, quo vixit, conſequatur, eandemque in heredes transmittere poſſit. Hoc caſu itaque, quo primi anni *purum*, ſequentium vero *conditionale* erat, facile concedi poteſt, ſingulorum annorum propriam fuiſſe neceſſariam praeſcriptionem, quia in conditionatis dies legati non antea cedere poterat, quam dies adueniebat, qui incertus erat, et ita conditionem operabatur. Cum ergo adueniente die demum debere incipiebat, eo tempore quoque illius anni praeſcriptio currere debuit. Poſteriori caſu plane diuerſum obtinere arbitror, quod maxime ad *annuos reditus reales* in perpetuum praeſtandos applicandum eſt. In his enim annuis praeſtationibus nulla ineſt conditio, ratione futurorum annorum, ſed illae *abſolute* debentur, etiam quoad tempus futurum, id quod ex ipſo contractu apparet, quo ius *purum*, rei inhaerens, venditur, cuius effectus eſt, vt ſingulis annis *abſolute*, non *ſub conditione: ſi vixerit*, quid praeſtetur. Male his applicatur regula, *quod primi anni ſit purum, reliquorum conditionale*. Quae enim quaeſo conditio his ineſt? quae ſubintelligenda? nulla certe. Si dicis, ſunt tamen *in diem* collatae. Aſt dies hic certus eſt non ſuſpenſus ex futuro euentu incerto, nec vllam *conditionem* operatur, et conſequenter in his non ſingulis annis cedit dies, ſed ſtatim ab initio *vna vice*, cum tale legatum *abſolute purum* ſit, et alias, quod in diem certum, qui deficere nequit, collatum eſt, ibi dies ſtatim cedat, licet nondum peti poſſit, antequam venerit. Proinde quoque tale legatum cum abſolute purum non tantum quoad *praeſens*, ſed etiam quoad *futurum* tempus ſit, vna quoque praeſcriptione tolli poteſt. Denique non obſtat, quod leges generaliter aſſerant, legatum annuum non *vnum* eſſe, nam leges id ſuppoſuerunt, quod ordinarie fit. Ordinarie annua legata alimentorum cauſa relinquuntur, *l.* 20. *ff. quand. dies legat. cedit* et inde, quando de *annuo* loquuntur, ſuppo-

Annua legata non ſunt plura ſi in perpetuum relicta ſunt.

Digitized by Google

nunt tale legatum, quod *ad vitam hominis* relictum eſt. Apparet id luculenter ex *l.* 22. *ff. de vſ. et vſufr. legat.* vbi ICtus ita: *Patrimonii mei reditum omnibus annis vxori meae dare volo. Ariſto reſpondit, ad heredem vxoris non tranſire, quia aut vſusfructui ſimile eſſet, aut HVIC LEGATO, IN ANNOS SINGVLOS.* Ergo legatum *in annos ſingulos* ordinarie intelligendum erat de eo, quod ad heredes non tranſiret. Ab hoc vero omnino diuerſum eſt legatum annuum, quod ad heredes tranſit, veluti quod hoc modo expreſſe relictum, vel ſua natura tale eſt, quale eſt, quod eccleſiae vel reipubl. legatur, quod conditionale nullo modo dici, ſed vna praeſcriptione tolli poteſt. Quocirca dicendum videtur, de hoc potiſſimum Imperatorem in *cit. l.* 7. eſſe intelligendum.

Reſpondetur ad argumentum ſecundum. §. XVII. Ex hactenus dictis facile reſponderi poteſt ad argumentum contrarium ſecundum. Aiunt futurorum annorum reditum deberi ſub *conditione* vel *in diem* certum, et conſequenter ante *diei* et *conditionis* exiſtentiam praeſcriptionem non poſſe inchoari. Liquidum id eſſe videtur ex *l.* 7. §. 4. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* ſupra §. *IX.* relata, pro cuius explicatione duo ante omnia inquirenda ſunt: (1) an in annuo reditu reali aliqua adſit *conditio*: (2) an *tempus certum*, et quidem tale, de quo loquitur

In annuo reditu reali nulla eſt conditio quoad futuras praeſtationes. Iuſtinus. Quoad primum, omnino nego, hic adeſſe aliquam *conditionem*, cum annuus reditus realis rei inhaereat *ſimpliciter*, et non tantum heredes, ſed quosuis poſſeſſores ſtringat. Tunc tantum *conditio* annuis legatis ineſt, quando *ad vitam legatarii* reſtrictum erat, quippe illa conditio, *ſi viuat*, ſubintelligenda erat, *l.* 4. *de ann. legat.* vnde neceſſario ſequebatur, *legata futuri temporis* eſſe debere *conditionata.* Haec conditio vero in annuis reditibus non ſubintelligitur, ſed *ſimpliciter* ab omni poſſeſſore hoc onus praeſtandum eſt. Inde apparet, quam incaute leges de *an-*

nuis

Digitized by Google

nuis legatis loquentes hic allegentur a Berlichio aliisque diſſentientibus, cum hic applicari nequeant, ſed potius ex dictis debeat concludi, *purum* eſſe hoc *debitum* et ſic *ſemel* cedere eius diem ſtatim ab eo tempore, quo ſolutio fieri debeat *l.* 5. §. 1. *quand. dies legat.* Quod poſterius attinet, videtur omnino dicendum, hic ad minimum *tempus certum* admittendum eſſe; ſunt enim, vt communiter ſentiunt, hic plures praeſtationes, et ſinguli anni ſeparatos reditus habent, nec ſingulorum annorum reditus peti poſſunt, antequam dies venerit, et conſequenter ſingulorum annorum praeſcriptio antea currere nequit. Sed qui ita philoſophantur, ſemper adhuc ſupponunt, indiſtincte accipiendum eſſe vulgatum illud: *annua legata eſſe plura.* Hoc vero falſum eſſe iam aliquoties dixi. Valet haec regula de annuis, *ad vitam hominis* relictis, vbi plura legata eſſe dicuntur, quod ſequentium annorum praeſtationes ſint *incertae*, et ſub *conditione* ſuſpenſae. Aſt in legatis annuis, quae *abſolute*, *ſimpliciter* et *in perpetuum* debentur, diverſa eſt ratio; ſemel dies eorum cedit, et ſic *vnum* tantum eſt *legatum*, quia hic nulla adeſt *conditio*, ſed totum legatum *purum* eſt, licet plures et perpetuas praeſtationes contineat. Ideo legata *plura* dicebantur, quod ſingulis annis dies eorum cederet, idque vnice ob *conditionem* ſubintellectam: aſt vbi nulla adeſt conditio, ſtatim dies cedit, et quidem ſemel, id quod apparet ex *l.* 5. 1. *ff. quand. dies leg. Si poſt diem legata ſunt relicta* (veluti Titius poſt quadriennium Meuio det centum) *ſimili modo, vt in puris, dies cedit.* Iam vero in puris cedit dies ſtatim a tempore mortis et ſic *ſemel* tantum. Ex quo fluit, idem quoque dicendum eſſe in annuis legatis, quae *in perpetuum* durant. In his nulla adeſt conditio, ſed hoc modo relinquuntur, vt ſingulis annis in perpetuum aliquid praeſtetur, ergo horum dies ſtatim *a morte teſtatoris* cedit, et ſic *ſemel*

Imo nec dies qui differat praeſtationem.

Cur olim legata annua plura dicebantur.

mel tantum, adeoque non ſunt plura, ſed tantum vnum legatum, cum eius dies tantum *ſemel*, et quidem a tempore mortis cedat. Reuera enim tale legatum in *dies certos* praeſtandum relictum, et ſic eius *praeſtatio* tantum differtur, non vero eius *acquiſitio*. Hoc ſuppoſito, ſtatim liquidum eſt, hic male applicari regulam vulgatam: *annua promiſſa plura eſſe.* Imo ſicuti annuum legatum perpetuum vnum eſt, ita quoque debitum annui reditus, fundo impoſiti, et quod omnes ſucceſſores praeſtare debent, *vnum* eſt, non *multiplex*. Et inde nata eſt differentia inter annuum *legatum* et *promiſſum*. Hoc vnum eſſe dicitur in *l.* 35. *in f. de m. c. donat.* et *l.* 16. §. 1. *de V. obl.* cum annua legata ſint plura. Ratio differentiae notabilis in *cit. l.* 16. traditur his verbis: *ſtipulatio huiusmodi, in annos ſingulos, vna eſt, et incerta* (quia infinitum tempus continet) *et perpetua*, (cum in heredes tranſeat) *non quemadmodum ſimile legatum morte legatarii finiretur.* Non potuit aptior ratio diuerſitatis dari. Scilicet legata ideo plura ſunt, quia regulariter morte legatarii finiuntur, et inde conditionem ſua natura accipiunt hanc: *ſi viuat.* Aſt promiſſio in annos ſingulos, *perpetua* eſt, in heredes tranſit, morte non finitur, et conſequenter conditionem nullam ſubintellectam habet, et inde quoque vna eſſe debet. Quod ſi haec ad annuos reditus per venditionem acquiſitos applicaueris, res manifeſta eſt. Scilicet eorum debitum *vnum* eſt, *incertum*, quia tempus infinitum continet, *perpetuum* et ita, ceu quidem in legato contingit, morte non finitur. Quamuis enim redimi poſſit, id tamen non per ſe ſed ex accidente contingit ob pactum adiectum, imo incertum eſt, an futurum ſit, vt redimatur nec ne? ea autem quae dubia et incerta ſunt, vtrum ſint perpetua an temporalia, intelliguntur eſſe perpetua CARPZ. *P.* 3. *c.* 24. *def.* 3. IACOB SCHVLTES *ad Modeſt. Piſtor. qu.* 124. *n.* 67. *ſeqq.*

Cur debitum annuum ex promiſſione dependens vnum ſit.

Bre-

Digitized by Google

Breuiter: male hic ſupponunt, in annuis reditibus totidem eſſe obligationes in diem, quot ſunt anni, cum tantum *vna obligatio* adſit, et ſic vna quoque praeſcriptione tolli poſſit. Quod enim plures praeſcriptiones requirant, id inde concludunt, quod plures ſint obligationes. Praeterea prout BACHOVIVS *ad Treutl. Vol.* 2. *diſp.* 22. *th.* 3. *lit.* 1. ſatis accurate obſeruat, diſpoſitio *l.* 7. §. 4. *cit.* ad eas obligationes pertinet, quibus *ab initio* adiecta eſt dies, ſub qua *differantur*. Hic autem in annuis reditibus non agitur de *differenda* ſolutione eius, quod debetur, ſed *ius exigendi annuos* reditus venditur, quod *mercem* conſtituit, *vnam, ſimplicem*, non plures merces. Si ſingulorum annorum ſeparatae praeſtationes venderentur, tot quoque eſſent venditiones, quot anni, quia, iuxta contrariam hypotheſin, noua obligatio oritur ſingulis annis, et ita noua merx eſſet, id quod abſurdum. *Ius* ipſum *exigendi reditus* merx vna eſt; huius conſequens vero ipſae ſingulorum annorum praeſtationes ſunt. Breuiter ipſa *obligatio* pura eſt, imo *ius* purum et *ſimplex*, et eius tantum effectus in ſingulis annis ſeſe exſerit. Nam et obligatio ad vſuras ſingulis annis praeſtandas itidem vna eſt, et vna praeſcriptione tollitur *l.* 26. *C. de vſur.* Et hoc eo magis aſſerendum eſt in *realibus* reditibus, quae non ex *obligatione*, ſed ex *iure*, fundo inhaerente, praeſtantur. Hoc non multiplicatur ſingulis annis, ſed vnum eſt, ſemelque eius dies cedit, quia per contractum acquiſitum eſt, et conſequenter vna praeſcriptione amitti poteſt.

An hic adſit debitum in diem certum dilatum.

§. XVIII. Tertium fundamentum contrariae ſententiae lubricum eſt. Seruitutes ſolo non vſu amittuntur, ſpatio decem vel viginti annorum. Nulla ibi poſſeſſio requiritur, quae ex *interpellatione* ſeu *facto negatiuo* perfici debet. Imo ſolus non-vſus alterum in *libertatis* poſſeſſionem conſtituit, et haec ſufficit ad amiſſionem ſeruitutis.

Reſponſio ad tertium argumentum.

Sane annui reditus reales ad inſtar *ſeruitutum* ſunt, praediis alienis inhaerent, eaque afficiunt, et conſequenter ſolus non-vſus huius iuris amiſſionem operatur. Nec obſtat, quod in *l. 6. ff. de S. P. V.* aſſeratur, ad amiſſionem ſeruitutum praediorum vrbanorum factum aliquod contrarium, quo libertas vſucapiatur, requiri: nam *α*) hoc ad reditus reales applicari nequit, qui tam praediis ruſticis, quam vrbanis inhaerere poſſunt. *β*) In ſeruitutibus praediorum vrbanorum plerisque hoc ideo requiritur, quia haec ad ſui exercitium ſupponunt aliquod *opus manufactum* in fundo alterius, veluti ſi foramen adſit in pariete vicini, ſi feneſtrae factae ſunt in eodem pariete etc. quamdiu haec non obturantur vel obſtruuntur, veſtigium ſeruitutis meae ſemper adeſt, et inde libertas praeſcribi nequit. Aſt haec nullo modo ad annuos reditus applicari poteſt, ad quorum exercitium nihil aedificandum vel faciendum eſt in alieno. Errorem hunc quoque HARPRECHT. *de praeſcript. immunit. a collect. c. II.* §. 16. animaduertit, oſtenditque, factum negatiuum nullum plane requiri in huiusmodi praeſcriptione, ſed ſolum ſufficere, quod quis praedium liberum poſſedit quam ſententiam multorum Dd. ſuffragio corroborat, et § 17. fundamentis his munit: (1) nunquam in praeſcriptione hac maxime triginta vel quadraginta annorum, factum tale negatiuum requiri: (2) in praeſcribenda ſeruitute illud nullibi deſiderari (3) quartam decimarum et funeralium lapſu ſolo temporis praeſcribi.

Reſpondetur ad quartum et quintum argumentum.

§. XIX. Quartum argumentum parum vel nihil diſtat a ſecundo, et inde eandem recipit reſponſionem. Quintum vero maxime dubium eſt. Quamuis enim BERLICHIVS immunitatem a decimis praeſcribi non poſſe ſtatuat contrarium tamen recte aſſerit RICHTER. *P. 1. deciſ.* 21 *n.* 50. idque praeiudicio confirmat. Idem confirmat CARPZ

P. 2

P. 2. *C.* 2. *def.* 4. quamuis ſpatium quadraginta annorum ad hanc praeſcriptionem requirat.

§. XX. Euicta praeſcriptione annuorum redituum realium, ſupereſt vt inquiramus, quo tempore haec praeſcriptio perficiatur. Equidem plerique, qui praeſcriptionem hic admittunt, triginta annos requirunt, quemadmodum etiam ſtatuta ſupra adducta longiſſimum tempus deſiderant. Aſt quia *confeſſoriam vtilem* hic largiuntur, putarem ei idem tempus praefixum eſſe, quod directae, vt ſcilicet decem vel viginti annis immunitas haec praeſcribi poſſit, LYNCKER *cent.* 3. *deciſ.* 303. *in f.* niſi contra eccleſiam agatur, quo caſu 40. anni neceſſarii ſunt. Quod longiſſimi temporis praeſcriptio a pleriſque deſiderata fuerit, in cauſa eſſe videtur, quod plerique viderint, mutuum vſurarium ſub hoc iure latitare. Interim tamen cum hic non in *perſonam* eo nomine agatur, ſed *in rem*, conueniens praeſcriptio eligenda eſt. Equidem de bonae fidei poſſeſſore hic tantum ſtatus controuerſiae formatus eſt; interim quin idem quoque obtineat, ſi vel maxime poſſeſſor ſciat, fundum ſuum annuis reditibus obnoxium eſſe, exiſtimarem, quia ſufficit, quod dominus cenſus ſuo iure *non-vſu* excidat, *l.* 4. §. 27. *de vſurp. et vſuc.* vid. THOMAS GRAMMATTICVS *deciſ. Neapol.* 100. *n.* 23. 10. PETRVS SVRDVS *conſil.* 234. *n.* 29. Et quamuis de iure canonico in omni praeſcriptione *bona fides* requiratur, et *mala fides* excludatur, haec tamen proprie tantum conſiſtit in *ſcientia rei alienae, quam tamen quis vt ſuam poſſidet.* Nuda ſcientia, fundum ſuum ſeruitutibus vel aliis oneribus eſſe obnoxium, eam minime operatur, cum nihil rei alienae poſſideat. Conf. COCCEIVS *de finib. bon. fid. in praeſcript.*

§. XXI. Caeterum haec tam diu obtinent, quamdiu ſtatutis locorum aliud haud conſtitutum eſt. Iam enim ſupra adduximus varias locorum ordinationes, ſecundum quas *Poteſt ſtatutis contrarium determinari.*

quas praeſcriptio in plures annos extenſa eſt. Imo etiam praeſcriptionem ordinariam per huiusmodi ordinationes plane tolli poſſe, nemo negabit. Videtur id ipſum factum eſſe in *Ordin. Magdeb. Polit. c.* 52. §. 7. vbi ita cautum eſt: *Die Forderung künfftiger Gefälle an jährlichen Renthen, Zehenden und dergleichen, kan durch keine Veriährung aufgehoben werden, anerwogen die Schuldigkeit des Beſitzers, welcher zu Abgebung ſolcher Gefälle verbunden, mit ieden Iahre erneuret wird, dreyſſig und mehr Iährige* reſta *aber ſollen der Veriährung halben nicht gefordert werden.* Duo in hoc textu diſponuntur: (1) futuris reditibus praeſcribi haud poſſe: (2) praeteritis autem, vltra 30. annos debitis, praeſcriptum eſſe. Quoad prius membrum, verba ordinationis huius non adeo perſpicua ſunt, vt ad caſum praeſentem, de quo ſtatus controuerſiae formatus eſt, applicari tuto poſſint. Loquor de tertio h. ſ. poſſeſſore, qui rem talem vt immunem per plures annos poſſedit, cui ratio adductae ordinationis haud conuenit. Ratio excluſae praeſcriptionis haec eſt: *anerwogen* die Schuldigkeit *des Beſitzers, welcher zu Abtrag ſolcher Gefälle* verbunden, *mit ieden Iahre erneuert wird.* h. e. quia ſingulis annis de nouo obligatio haec renouatur eiusque dies cedit, vt tot ſint obligationes, quot anni. Haec ratio docet, potiſſimum hic ſermonem eſſe *de ipſo venditore* et eius heredibus, qui ex contractu *obligantur*, vt de fundo ſuo quotannis aliquid praeſtent, vel vt dicitur in *l.* 7. §. 6. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* de *obligationibus, quae dationem habent per ſingulos annos*, vt ius Magdeburgicum vnice legem illam ſeptimam referre, et controuerſiam occaſione eius ortam decidere videatur. Ratio enim decidendi ex *obligatione* deſumitur, et conſequenter non alius ſupponi poteſt caſus, quam de tali poſſeſſore, qui ex facto ſuo *obligatus* eſt ad annuum reditum ſoluendum. Ad hunc quadrat

An hoc factum ſit in Ordin. Magdeb. Polit.

Digitized by Google

drat ratio praedicta, quia eius obligatio ex *ordinationis diſpoſitione* poteſt quotannis renouari, vt tot ſint nouae obligationes, quot anni. Aſt haec omnia tertio bonae fidei poſſeſſori minime conueniunt. Hic non obligatur ex facto anteceſſoris ſui, et ita quoad hunc dies obligationis quotannis de nouo cedere nequit. Annuus reditus quidem exigi poteſt etiam a tertio b. f. poſſeſſore, quatenus tanquam *ius quoddam in re* fundo ipſi inhaeret, et ita cum ipſo ad eum tranſit. Praeſtat hoc onus non ex *obligatione perſonali*, ſed ex inhaerente *iure in re*, ex quo nulla *obligatio* naſcitur, et ſic in eius perſona haec renouari quotannis nequit. Si nulla obligatio in tertio poſſeſſore, eius dies quoque quotannis cedere nequit, et ita, non obſtante ordinatione politica Magdeburg., tertius b. f. poſſeſſor immunitatem ab hoc onere praeſcribere poteſt. Non ita ipſe poſſeſſor venditor eiusue heres, cum vterque ex contractu *obligetur*, et ſic dies *obligationis* quotannis cedat, ſecundum diſpoſitionem huius ordinationis. Obſtat tamen, quod in ſenſu improprio et vulgari etiam quilibet poſſeſſor obligatus, et quidem ex iure in re, dici poſſit, quemadmodum GROTIVS *obligationem ex dominio ſtatuit*. Sed (1) ad talem obligationem minime applicari poteſt phraſis vulgata ex Romano iure deſumta, *quod dies eius cedat hoc vel illo tempore*, quippe quae praeſupponit obligationem proprie dictam *in diem dilatam*: (2) obligatio improprie talis non eſt obligatio, et ita nec eius dies cedere poteſt. (3) Si tertius poſſeſſor hic obligatus eſſet proprie, non *actione confeſſoria*, ſed *in perſonam* conueniendus eſſet. Aſt vero omnes ad vnum aſſerunt, tertium fundi, reditibus obnoxii, poſſeſſorem actione perſonali conueniri non poſſe, quo poſito, nulla quoque obligatio erit in tertio poſſeſſore. (4) Notanter in hac ordinat. bina vice repetitur *obligationis* mentio, vnde tota decidendi ratio deſumta eſt: die Schuldig-

 keit

Digitized by Google

keit *des Beſitzers, welcher zu Abgebung ſolcher Gefälle* verbunden. Non ergo de alio loquitur poſſeſſore, quam qui *obligatus* eſt ad praeſtandum cenſum, qualis tantum eſt venditor, vel eius heres, imo etiam tertius, qui ſcienter talem fundum emit, et ita in hanc praeſtationem conſenſit. De tertio b. f. poſſeſſore minime aſſerere poſſum, quod ex *obligatione* praeſtet hunc cenſum, ſed potius quod ex *iure rei cohaerente* hic ab eo exigatur, quod tamen quotannis non renouatur, ſicut obligatio. Quod autem non eſt in tertio b. f. poſſeſſore, id nec quotannis renouari, nec eius dies cedere poteſt. Quae interpretatio cum iuri communi congruat et ab aequitate commendetur, merito recipienda eſt. Quid enim durius, quam tertium b. f. poſſeſſorem nullo tempore poſſe immunitatem impetrare, et ita alieno praegrauari facto? Quid iniquius, quam hoc caſu omnem praeſcriptionem ceſſare, quae in iuribus maioris momenti tollendis obtinet? Praeterea ita facilius in concordiam reduci poſſunt tria illa iura Pruſſicum, Marchicum et Magdeburgicum, quae felici ſub ſceptro Regis Boruſſiae in terris licet diuerſis florent.

De praeſcriptione redituum praeteritorum. §. XXII. Pergo ad alterum membrum de praeſtatione *redituum praeteritorum.* Hoc enim ex adducta ordinatione ſatis liquidum eſt, in quo caſu praeſcriptio futurorum ceſſat, ibi quoque praeteritos a triginta annis peti poſſe, non vero vltra. Inde rurſus patet, hoc vnice ad eum, qui proprie loquendo *obligatus* eſt, reſtringi debere, quippe contra quem *praeſcriptio* 30. *annorum* currit *l. ſicut* 3. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* Cum tertius poſſeſſor obligatus non ſit, ei haec praeſcriptio applicari nequit. Qui enim a futuris liberatus eſt, a praeteritis quoque immunis eſſe debet. Interim tamen etiam hi, qui omnem praeſcriptionem etiam ratione tertii b. f. poſſeſſoris excludunt, cumque etiam ad praeteritos reditus ſoluendos adſtringunt, temperant

Digitized by Google

perant hanc ſententiam, vt ad praeteritos non teneatur, ſi per creditorem ſtetit, quo minus ab anterioribus penſiones ſolutae fuerint, vt ſi potuiſſet exigere et non exegit; mora enim creditoris tertio b. f. poſſeſſori obeſſe nequit. SVRDVS *deciſ.* 32. *n.* 9. RODERICVS *de ann. reditibus lib.* 2. *qu.* 22. *n.* 42. FRANZK. *lib.* 1. *reſ.* 3. *n.* 12.

Quid in annuis reditibus praeſcriptio immemorialis operetur.

§. XXIII. Ne vero nihil intactum relinquamus, merito quoque illam quaeſtionem hic excutiendam eſſe exiſtimo, an non in illis locis, vbi in annuis reditibus praeſcriptio, etiam ratione tertii b. f. poſſeſſoris excluſa eſt, ad minimum praeſcriptio immemorialis immunitatem ab hoc onere operetur? Quod adfirmant plerique ex iis, qui contrariam tuentur ſententiam, quorſum etiam eos refero, qui exiſtimant, quando centum annis continuis ſolutio ceſſaſſet, immunitatem plenam inde redundare poſſe, quod defendunt REIN. BVDELINVS *de monet. et re nummar. lib.* 2. *c.* 4. *n.* 10. Valaſcus *conſult.* 49. *n.* 10. ICti Altorff. *conſil.* 88. FABER *in C. lib.* 7. *tit.* 13. *def.* 19. BOËRIVS *deciſ.* 337. *in f.* Conſtat enim, quod plures ex ICtis antiquis centenariam praeſcriptionem et immemorialem pro iisdem habeant, quod quamuis aſſeri nequeat, cum immemorialis praeſcriptio certo annorum lapſu non contineatur, liquidum tamen inde eſt, quod immemorialem praeſcriptionem admittant. Inde ſatis eleganter *in Ordin. Magd. Polit. c.* 52. §. 2. dicitur: *Und ob woll ins gemein die undenckliche Zeit mit der hunderiährigen verglichen, und die* praeſcriptio immemorialis *mit der* Centenaria *vermenget werden will, ſo ſind doch dieſe der bewehrteſten Rechts-Lehrer Meinung nach von einander merklich unterſchieden, ſintemahl durch das* tempus immemoriale *kein anders verſtanden wird, als da niemand wiſſe, gedenke noch von andern gehöret und erfahren, daß ein Ding entweder in ſolchem, oder einen andern Zuſtande geweſen, als es ſich zur Zeit* des

des erhobenen Streits befunden, und alſo die Verjährung einer undenklichen Zeit, zumahl nach itziger Beſchaffenheit des menſchlichen Lebens auch unter hundert Jahren zu verſtehen, und zum höchſten auf 70. *oder* 80. *Jahr zu erſtrecken.* Sic itaque ſecundum hanc ordinationem ad praeſcriptionem immemorialem annuorum redituum ne quidem centum anni eſſent neceſſarii, ſed ſufficeret, ſi intra 70 vel 80. annos nihil exactum foret. Similiter hanc praeſcriptionem immemorialem hic admittunt GODOFREDVS ANTON. *in aduerſ. ad Gail. lib.* 2. *obſ.* 73. SCHVRFF. *cent.* I. *conſ.* 10. *n.* 12. *ſeqq.* BALBVS *de praeſcript. P.* 4. *part. princip. qu.* 4. Confirmat hanc ſententiam optimis rationibus FABER *cit. l.* vbi ita: *credendum eſt, tam longi temporis decurſu intercidiſſe multas probationes earum rerum, quae medio tempore obligationem adeo vetuſtam vel ſolutione vel pacto contrario, vel quo alio legitimo modo diſſoluere potuerunt. Quis enim litium erit finis, ſi poſt tot annos turbare omnia liceat, veteresque actiones ſiue remiſſas ſiue omiſſas repetere aduerſus eum, qui longo iuſtius poſſit alieni facti probabilem ignorantiam obtendere?*

Praeſcriptionis immemorialis natura et ratio. §. XXIV. Atque haec ſententia eo minus dubii habebit, ſi naturam *praeſcriptionis immemorialis* paulo penitius excutiamus. Dici haec alias in iure ſolet *VETVSTAS l.* 1. §. 23. *l.* 2. *pr. l. f. ff. de aq. et aqu. pluv. arc.* cuius non extat memoria *l.* 2. §. 4. *l.* 3. §. 4. *l.* 23. *eod.* Haec quid operetur videndum eſt. Scilicet aliae praeſcriptiones vel operantur exceptionem vel acquiſitionem dominii aliusue iuris. Eundem effectum vulgo tribuunt praeſcriptioni immemoriali, de quo tamen dubito. Quin potius exiſtimo, vetuſtatem hanc, vbi initii non extat memoria, validiſſimam inducere probationem, eum optimo iure et titulo eſſe munitum, qui in eo ſe fundat. Non *nouum ius* hac praeſcriptione acquirere intendit, ſed iam olim anteceſſores

ſuos

Digitized by Google

ſuos ius libertatemque acquiſiuiſſe allegat, qui in ea ſe fundat. Nec tenetur hoc probare, quia vetuſtas tanta eſt probatio validiſſima, ex qua vrgentiſſima praeſumtio libertatis olim impetratae fluit. Quando ergo vltra centum et plures annos annuus reditus haud eſt ſolutus, redemtio eius olim facta inde tam efficaciſſime praeſumitur, vt eam probare haud teneatur, ſed potius ex hac vetuſtate per ſe colligatur. Imo licet emtor inſtrumentum emtionis adhuc in manibus habeat, inde quidem colligitur, olim factam fuiſſe venditionem, ſed vetuſtas et lapſus tanti temporis ſimul oſtendit, per redemtionem olim fundum liberatum fuiſſe. Atque haec praeſumtio tam efficax eſt, vt allegans vetuſtatem reluitionem probare non teneatur. Hoc ſenſu intelligo ICtos, qui tantam huic vetuſtati vim tribuunt. ICtus enim in *l. 26. ff. de aq. et aqu. pluv. arc.* notanter ait: *Scaeuola reſpondit, ſolere eos, qui iure dicundo praeſunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetuſtas dedit, etſi ius non probaretur,* h. e. qui lapſum tanti temporis pro ſe habet, pro eo eſt vrgentiſſima praeſumtio, quod olim ſervitus titulo legitimo ſit conſtituta, adeo vt propter hanc praeſumtionem non teneatur titulum probare. Saepiſſime contingit, vt quis ius optimum habeat, illud tamen probare non poſſit, quales probationes vt plurimum tanto temporis lapſu intercidunt, per varias temporum iniurias, per mutationes poſſeſſorum, qui iuſte facta ſuorum anteceſſorum ignorant. Vnde optima ratione collegerunt ICti antiqui ob tantam vetuſtatem ab onere probandi poſſeſſorem liberari, quippe quae praeſumtionem iuris violentam operatur. Hunc in ſenſum etiam accipio Pomponium in *l. 3. §. 4. ff. eod. Ductus aquae, cuius origo memoriam exceſſit, iure conſtituti loco habetur,* h. e. praeſumitur, quod ab initio iure conſtitutus ſit, vt nulla probatio tituli requiratur. Porro Vlpianus *in l. 1. §. 23. eod.* eundem in ſenſum philoſophatur:

tur: *ſi lex agri non inueniatur, vetuſtas vicem legis tenet*, ſeu ex vetuſtate colligitur per ſe titulus, quo ab initio ſeruitus legitime conſtituta praeſumitur. Breuiter vetuſtas ipſa ſeu lapſus tanti temporis inducit non tantum titulum iuris optime olim conſtituti, ſed etiam operatur, vt poſſeſſor releuetur ab onere probandi.

Illuſtratio huius materiae.

§. XXV. Et in hunc ſenſum accipio tot Dd. praedicata grauiſſima, quae praeſcriptioni immemoriali tribuuntur, veluti quod habeat vim tituli legitime acquiſiti. BALB. *de praeſcript. P. II. part. princ. tert. qu.* 6. *n.* 28. MAVL. *de homagio tit.* 10. *n.* 54. non quod nouum titulum praeſtet, ſed quod ex lapſu tanti temporis inferendum ſit, titulum idoneum olim adfuiſſe. Quo intuitu etiam dicitur pro ſe habere praeſumtionem iuris et de iure CRAVETTA *de antiq. temp. P.* 4. *c.* 3. *n.* 60. rurſus eo ſenſu, quod vetuſtas ſola validiſſima probatio ſit, ad ius demonſtrandum. Et conſequenter qui immunitatem tanti temporis habuit, ſola illa vetuſtas habetur pro immunitate pacto acquiſita BALDVS *lib. III. conſ.* 313. Et infinitum foret, omnia encomia huius praeſcriptionis referre, cum ipſa *vetuſtas* ingentes per ſe effectus producat, quos collegit AYMON CRAVETTA *de antiq. temp.* Eleganter vis huius praeſcriptionis exprimitur in *Ordin. Polit. Magd. c.* 52. §. 3. his verbis: *So viel nun die* praeſcriptionem immemorialem *anlanget, weil derſelben von vielen bewehrten Rechts-Lehrern die Krafft eines Tituls und* erlangten Freyheit *beygeleget wird, ſoll es auch dabey gelaſſen, und der Beſitzer, welcher ſich darin gründet und ſie beweiſet, dabey geſchützet werden, es wäre denn daß derjenige, welcher ein Stück Gutes in Anſpruch nimmt, erweiſen wolte, daß es der Beklagte mit guten Grund und Glauben nicht beſitze.* Nihil conuenientius ad noſtram ſententiam dici poterat. Diſponit auguſtiſſimus legiſlator, (1) praeſcriptionem immemorialem habere

bere

Digitized by Google

bere vim tituli et *immunitatis impetratae* h. e. non opus eſſe alium titulum allegare, quam ſolam vetuſtatem, ex qua praeſumtio tituli iuſti per ſe naſcitur, veluti quod olim poſſeſſores fundorum, annuis reditibus obnoxiorum, immunitatem legitime impetrauerint: (II) poſſeſſorem, illam ipſam probantem, abſoluendum eſſe: (III) admittendam tamen eſſe probationem in contrarium: quamuis enim ex vetuſtate vrgentiſſima oriatur praeſumtio pro titulo olim legitime imperrato, haec tamen exſpirat, ſi probatio liquidiſſima in contrarium adſit. Quia tamen vrgentiſſima et fortiſſima praeſumtio pro poſſeſſore eſt, non alia probatio hic admittitur, quam quae ſit *liquidiſſima*, et luce meridiana clarior *arg. l. 6. ff. de his qui ſui vel al.* §. 11. *I. de inutil. ſtipul.* ibi: *manifeſtiſſimis probationibus.* Id quod ſi applicamus ad praeſentem quaeſtionem, venditor redituum nihil euincit, ſi tantum *inſtrumentum venditionis* annuorum redituum pro ſe adduxerit: ex eo enim tantum probatur, olim venditum fuiſſe annuum reditum, de quo non quaeritur. Sed iam quaeſtio eſt de immunitate poſtea impetrata: haec ex ipſa vetuſtate colligitur. Ergo venditor probare debet, poſſeſſores nunquam immunitatem obtinuiſſe. Eſt quidem haec propoſitio negatiua, nihilominus tamen actor illam probare debet, cum praeſumtio vrgentiſſima ei reſiſtat, et ita onus probandi in eum deuoluat, quemadmodum etiam ipſa regula vulgatiſſima eſt, vti oſtendit Dn. COCCEIVS *de directa probat. negatiuae.*

§. XXVI. Hiſce praeſuppoſitis, facile reſponderi poteſt diſſentientibus, qui vrgent ne quidem praeſcriptionem immemorialem in immunitate ab annuis reditibus probanda aliquid operari. Vid. KLOCK. *vot. Cameral.* 132. *n.* 8. Plerique decepti ſunt falſo conceptu praeſcriptionis immemorialis, exiſtimantes, hac ipſa nouum ius acquiri, vti aliis praeſcriptionibus, in quem errorem haud incidiſſent, ſi *Reſpondetur diſſentientibus.*

termino *praeſcriptionis* haud eſſent offenſi. Fateor, terminum hunc minus commodum, tantumque a Dd. inuentum eſſe, cum in iure ciuili accuratius dicatur *vetuſtas* tanta, vt eius memoria non extet. Interim quia receptus eſt, eo merito vtimur, hac tamen cum cautela, ne naturam praeſcriptionum ordinariarum ei tribuamus. Sane diſſentientes, hac cautela neglecta, non potuere non a via aberrare. Aſſerunt enim annuos reditus eſſe plures, et ſingulorum annorum propriam praeſcriptionem, ex quo concludunt, ne quidem hic poſſe allegari praeſcriptionem immemorialem, cum ſingulis annis noua praeſcriptio currere incipiat, et ita etiam poſt ducentos annos adhuc continuet. Sed cum his facile tranſigemus, aſſerendo, annuorum redituum diem ſingulis annis cedere non amplius poſſe, (loquor tantisper ex opinione diſſentientium) vbi olim iam immunitas ab eis impetrata. Hanc, qui in praeſcriptione immemoriali ſe fundat, probat ex ipſa vetuſtate temporis, qua interim reditus non ſunt ſoluti, nec exacti. Hac probata, poſſeſſor abſoluendus eſt. Vrgent quidem, omnem praeſcriptionem hic eſſe excluſam, et conſequenter etiam praeſcriptionem immemorialem. Sed antecedens falſum eſſe, plenius iam aſſerui. Quin imo ſi vel maxime id admittamus, forſan quod ſtatutum in contrarium adſit, quemadmodum in *Ord. Polit. Magd. c.* 52. §. 7. dicitur: *kan durch keine Verjährung aufgehoben werden*; conſequentia tamen falſa eſt, cum ex *c.* 1. *de praeſcript. in* 6. conſtet, prohibita omni praeſcriptione, admitti tamen immemorialem. ALOYSIVS RICCIVS *coll.* 778. ICti Argentorat: *Vol. II. conſ.* 8. *n.* 60. et *conſ.* 67. *n.* 15. quod etiam ex *Ordin. Polit. Magd. cit. l.* §. 3. non obſcure colligitur; vbi huic praeſcriptioni tribuitur *vis impetratae immunitatis die Krafft einer erlangeten Freyheit.* Quodſi hoc verum eſt, vti omnino eſt, fruſtra iam quaeritur, an praeſcriptio immemorialis

Digitized by Google

rialis etiam excluſa ſit. Imo ne quidem excludi poteſt, cum vetuſtatis inſignis hic effectus ſit, vt olim iam impetratam eſſe immunitatem legitime praeſumi debeat.

§. XXVII. Hactenus aſſertum eſt, praeſcribi immunitatem ab annuis reditibus realibus poſſe, an vero praeſcriptionem hanc *interpellatio extraiudicialis* interrumpat, in quaeſtionem venit. Equidem conſtat, regulariter interpellationem extraiudicialem, quae fit extra iudicium per denunciationem priuatam, effectus interrumpendi non habere; STRUV. *ex* 43. §. 28. communiter tamen excipiunt actiones perſonales. RAVCHBAR. *P.* 2. *qu.* 28. *n.* 32. quibus debitum annuorum redituum aequiparari poſſe videtur. Aſt vtut de *perſonalibus* id admiſerim, *realibus* tamen hoc minime applicari poteſt, quae magis *ſeruitutibus* aequiparantur. Sed inſtant, etiam ad incorporalium rerum ſeu ſeruitutum praeſcriptionem interrumpendam ſufficere interpellationem extraiudicialem STRUV. *cit. l.* Verum et haec ſententia dubia eſt, vti nec Struuius negat, et ſi vel maxime iuri conformis foret, vnice tamen ad ſeruitutis acquiſitionem, quae mediante praeſcriptione fit, pertinet, vt talis interpellatio acquiſitionem impedire poſſit. Aſt vero hic quaeſtio eſt de *amittendo iure* per *non-vſum*, cui non facile haec deciſio applicari poteſt, ſed ſufficit, quod is, qui ius quoddam in re alterius praetendit, illud conſtituto tempore neglexerit. Neque enim tali interpellatione tertius b. f. poſſeſſor, qui iuſte ignorat, tale onus rei ſuae inhaerere, ſtatim in mala fide conſtituitur, cum etiam immunitatem praeſcribere poſſit, ſi vel maxime ſciat, fundum ſuum eſſe obnoxium annuis reditibus. Conſtat id ex *l.* 4. §. 27. *de vſurp. et vſuc. Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea expuleris per longum tempus NON VTENDO amittam viam* vid. SVRDVS *conſ.* 234. *n.* 28. HIERON. ROCCA *ſelect. iur. diſp. c.* 84. *n.* 10. Solus *non-vſus* operatur immunitatem, non reſpiciendo vtrum alter ſciuerit, onus rei ſuae

An interpellatio extraiudicialis praeſcriptionem tollat.

 cohae-

cohaerere necne? CYNVS in *l.* 2. *C. de ſeru.* ALEXANDER *in l. vlt. de eo per quem.* FELINVS *in c. illud. de praeſcript.* Neque aliud dicendum eſt de iure canonico per *c. f. X. de praeſcript.* quia ius canonicum malam fidem non in nuda *ſcientia* collocat, ſed tali, quae coniuncta eſt cum *poſſeſſione rei alienae*, h. e. quando quis *ſcienter rem alienam poſſidet*, quod in praeſcriptione immunitatis haud concurrit, vti erudite docet Dn. COCCEIVS *de finib. b. f. poſſeſſ. in praeſcript. de iure canon.*

An ipſius reditus quantitas praeſcriptione mutari poſſit.

§. XXVIII. Ex hactenus dictis facile iam iudicari poteſt de altera quaeſtione: An praeſcriptione mutari poſſit quantitas annuorum redituum? veluti ſi per 30. vel 40. annos venditor minorem quantitatem accepiſſet. Negant id rurſus omnes hi, qui omnem praeſcriptionem ordinariam hic excludunt. vid. GAIL. 2. *obſ.* 73. *n.* 2. LYNCKER *de annuis redit. diſp. VIII.* §. *XI.* Ego vero ex ſupra adductis fundamentis contrarium aſſero, cum ratio diuerſitatis hic allegari nequeat, et ita praeſcriptione cenſus augeri et minui poſſit NIC. CHR. LYNCKER *cent.* 4. *deciſ.* 303. Vel ſi praeſcriptio ſtatuto excluſa ſit, immemorialem praeſcriptionem ad minimum admittendam eſſe cenſeo, cum ex lapſu tanti temporis colligatur, olim maiores reditus remiſſos eſſe.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXVI.

AD LIB. XLI. PAND. TIT. III.

DE

PRAESCRIPTIONE CIRCA DECIMAS ECCLESIASTICAS ET SECVLARES.

ARGVMENTVM.

I. II. *Scriptores de origine decimarum. III. De decimis ante legem. IV. Inſtar tributi Regibus ſolutae. V. Ad ſtatum forenſem reip. Iudaicae pertinent. VI. Qua ratione inter chriſtianos inualuerint. VII. Sententia Humb. Prideaux de earum origine diuina confutata. VIII. Patrum ſententia. IX – XII. Conciliorum de eis Sanctiones. XIII. In regnis ad chriſtianiſmum redactis exactae. XIV. Laicis quomodo obuenerint. Diſcrimen inter eccleſiaſticas et ſeculares. XV. Ab illis acquiſitae ex liberiori Regum Franc. diſpoſitione. XVI. ex praelatorum conceſſione. XVII. ex reſeruatione in exſtructis capellis facta. XVIII. nonnunquam artibus potentiorum. XIX. Inde frequentes infeudationes decimarum. XX. Sententia concilii Lateranenſis* III *de iis reuocandis. XXI. Huius fundamentum. XXII. Rationes pro decimis Laicorum. XXIII. Decimae eccleſiaſticae iure bonorum eccleſiaſticorum cenſendae. XXIV. Rationes negatae praeſcriptionis decimarum contra eccleſiam. XXV. Immemorialis admiſſa. XXVI. Inter diuerſae religionis conſortes ex die decretorio aeſtimantur. XXVII. Eccleſia contra alteram quomodo easdem praeſcribat? XXVIII. et laicus contra laicum? XXIX. De praeſcriptione extinctiua* 1) *decimarum*

Digitized by Google

marum ſecularium. XXX. 2) *eccleſiaſticarum, XXXI. XXXII. tam inter catholicos. XXXIII. quam inter Proteſtantes. XXXIV. An bona fides in praeſcriptione extinctiua deſideretur, XXXV. praeſertim ratione decimarum? Sententia affirmantium. XXXVI. Negatiua defenditur. XXXVII. Vtrum exactio decimarum earumque denegatio deſideretur?*

§. I.

Introitus. Praeſcriptionis indoles et ratio ſolida ſuis non caret difficultatibus, quas potiſſimum TRIBONIANVS iurisprudentiae intulit, docente RAEVARDO. Admodum augentur hi nodi ex ipſo *obiecto*, circa quod verſatur praeſcriptio, quatenus hoc corruptum, deprauatum et variis erroribus adulteratum eſt. Vel in *decimis* illuſtre exemplum occurrit, circa quarum *praeſcriptionem* non tantum eccleſiae Romanae Doctores ceſpitant, titubant, fluctuant; ſed etiam ICti proteſtantes adeo incertis feruntur procellis, vt vix in tuto nauigare permiſſum ſit. Non aliunde hi fluctus orti ſunt, quam ex deprauato de *origine* et *natura* decimarum conceptu, vnde liquet, non aliter eos euitari poſſe, quam ſi ante omnia originem decimarum *eccleſiaſticarum* et *ſecularium* euoluerimus, et inde concluſiones formauerimus.

Generatim de origine decimarum. §. II. *Originem* et *rationes* decimarum plures euolverunt, non tamen eodem prorſus modo. Pauca, ſed non ſatis concocta de decimis congeſſit SCALIGER, adeoque plures, qui eum ſecuti ſunt, in errorem deduxit. Plura emendauit SELDENVS *in hiſtor. decimar.* ex lingua Anglicana in latinam translata, et *comment. ad Pentateuch.* adiecta a IO. CLERICO, viro clariſſimo. Tribus capitibus vniuerſam abſoluit doctrinam, et *primo* de decimis, *ante legem*: *ſecundo* de decimis, *prout ex lege ſoluebantur*, et denique

Digitized by Google

denique *tertio* egit de *decimis ethnicorum*. Non omnium in Anglia ſuffragia tulit hic tractatus, in inuidiam ab Epiſcopis Angliae deductus, adeo vt SELDENVS litteris ſupplicibus ad Praelatos directis fateri coactus fuerit, ſe erraſſe, et inique occaſionem dubitandi dediſſe, vtrum decimae eſſent iuris diuini. Verum maiorem ex merito applauſum inuenit hic libellus apud ceteros eruditos, ſimili affectu haud ductos; imo tandem ipſe clerus Angliae ſaepe hoc egregio libello vſus eſt pro defenſione ſuarum decimarum, vti fata eius ſuccincte tradit DE LA ROCHE *tom. I. biblioth. Angl. p.* 183. Liberius in euoluenda origine *decimarum* legalium agit SPENCERVS *de LL. Hebr. ritual. lib. III. c.* 10. *diſſ.* 1. et morem gentium occaſionem legi *de ſoluendis decimis* dediſſe contendit. Strictius de *decimis* quoque agit SAMVEL BASNAGE *diſſert. V. tomo II. annal. p.* 504. inſerta. Plenior et diffuſior fere inter omnes eſt IO. CONRADVS HOTTINGER *de decimis iudaeorum* ex ſacris monumentis leges eorum ſollicite explicans. Denique pro defenſione decimarum in Anglia vſitarum anno 1713. tractatum *de origine et iure decimarum* anglico idiomate conſcriptum edidit theologus Anglus, HVMPHREY PRIDEAVX.

§. III. Ante legem decimas in vſu fuiſſe, nemo in dubium vocat. Quo iure autem, qua intentione, et quibus fuerint ſolutae, magis incertum eſt. Abrahamum Melchiſedeko, *regi* pariter ac *ſacerdoti DEI* altiſſimi, decimam ſpoliorum dediſſe, enarrat MOISES *Gen. XIV,* 18. et repetit AVCTOR *epiſt. ad Hebr. VII,* 1. meo quidem iudicio non alia intentione, quam quae *ſacrificiis* inerat. Is iam videbatur mos inualuiſſe, vt ad minimum *decimam partem* acquiſitorum vel ex *voto* vel *libera voluntate* DEO conſecrarent, et offerrent. In ſacrificiis, quae quilibet paterfamilias pro ſua domo faciebat, nulla certa erat determina-

Intentio decimarum ante legem.

minata quantitas, nec praeciſe *decima* ſacrificii DEO offerenda. ABRAHAM itaque vel *ex voto* vel ad aliorum imitationem ſacerdoti MELCHISEDEKO dando decimas ſpoliorum DEO offerebat *ſacrificium euchariſticum*, nec hae decimae ad ſuſtentationem eius tanquam *ſacerdotis* datae ſunt. IACOBVS *Gen. XXVIII*, 22. ex *voto* DEO promiſit decimas, easque ſoluiſſe videtur, mactando decimam partem ſui pecoris in loco, quem *voto* deſignauerat, vt praeclare cenſet IO. CLERICVS *in not.* ad *Seldeni diſſ. cit.* c. 1. §. 2. *n.* 5. Omni deſtituuntur fundamento, qui cenſent, ſacerdoti cuidam IACOBVM has decimas ſoluiſſe, cum quilibet paterfamilias pro domo ſua ſacra faceret, nec peculiare ſacerdotium eo tempore certis perſonis aſſignatum fuiſſet. Multo minus aſſeri poteſt, has decimas deſtinatas fuiſſe in *ſuſtentationem ſacerdotum.* Gentiles quoque *ex voto* tales decimas conſecraſſe noto notius eſt, quod exemplis illuſtrat SELDENVS *cit. l. diſſ.* 3. et forſan ante ABRAHAMVM hic mos, vouendi decimas, iam inter Cananaeos vſitatus fuit, quem ille ad imitationem deduxit. Conf. SPENCER. *cit. l. Sect. I.*

Decimae regibus ſolutae. §. IV. Regibus quoque olim, *tributi* loco, decimas ſolutas inter gentes fuiſſe, inter alios obſeruant IO. CLERICVS *ad Gen. XLI*, 34. *et XLVII*, 26. SPENCER. *cit. l. ſect. I.* §. 2. ad quem morem alludere videtur SAMVEL, ius regium explicans. 1. *Sam. VIII*, 15. Vtrum *iure regio* Deus in populo ſuo eas ſibi vindicauerit, tanquam rex in theocratia, id quod contendit CLERICVS ad SELDENI *diſſ. cit. c. III.* cum SPENCERO *cit. l.* et BVDDEO *in hiſtor. eccleſ. vet. teſtam. per.* 1. *ſect.* 3. *p.* 392. an vero morem antiquum, quo decimae Deo conſecratae fuerint, Deus tantum retinuerit, et lege certa determinauerit? expeditu non adeo facile videtur. Prius vel inde veroſimile fit, quod decimas Iſraelitae haud iuſſi fuerint Deo ſacrificare, aut eas in

Noua ratione et fine a Deo Iſraelitis praeſcriptae.

altari

altari offerre; ſacrificiis aliae victimae erant aſſignatae; ſed quod Deus eas ſacerdotibus et Leuitis in *ſuſtentationem* peculiari ex cauſa aſſignauerit, vt reliqui quidem ex populo terram colerent, partem juxta ſortem in diuiſione caperent, Leuitae autem et ſacerdotes ab hac diuiſione penitus eſſent excluſi. Sacrorum cura, quae ſatis amplae et plenae ſolicitudinis erat, vnice iis incumbebat, a qua non videbantur auocandi per *agrariae* et *pecuariae* rei labores; aequum vero omnino erat, vt, qui in iudicio familiae erciscundae ex Dei ſententia praeteriti erant, in compenſationem huius iacturae ab vniuerſo populo alerentur, et certam quotam ex *fructibus* et *pecoribus* acciperent, in quibus primarii Iſraelitarum reditus conſiſtebant. Si ipſi inter fratres ſuos partem terrae accepiſſent, ipſimet quoque ex re ſua fructus percipere et pecora alere potuiſſent: vtrumque iis interdictum, et vtrumque iis a populo ſuppeditandum. Cur vero praeciſe decima? quia *iure ſuo*, qua rex ſupremus, Deus eam ſibi vindicabat, et hoc tributum rurſus *iure ſuo* ſacerdotibus et Leuitis aſſignabat. Docent hae circumſtantiae, has ex lege moſaica debitas decimas magnopere ab illis, quae ab ABRAHAMO oblatae, et a IACOBO per votum promiſſae, differre, et diuerſum ſcopum finemque habuiſſe; hae quippe Deo ſacrificabantur, ritu ſacrificiorum communi, non illae, quas *ius moſaicum* ſacerdotibus et Leuitis in diuerſum finem aſſignauerat: hae in quocunque ſtatu locum habere poterant, non illae, quae *ſtatum reipublicae* ſeu *ciuilem* praeſupponunt: neque enim vniuerſus terrarum orbis huic tributo ſubiectus eſt, ſed tantum terra Canaan, et Iſraelitica. HOTTINGERVS *de decim. iud. exerc.* 5.

§. V. Quae cum ita ſint, planum eſt, decimas, quarum apud iudaeos triplex erat ratio, ſacerdotibus Leuitisque in republ. Iſraelitica proprias, et ideo hos ex iis ſuſten- *Magis ad ſtatum reip. forenſem reſpexere.*

 tan-

tandos fuiſſe, quod partem in diuiſione terrae Canaan nullam tulerint, *Num. XVIII*, 23. cum tamen eſſent ex familia IACOBI, et ſeorſim tribum conſtituerent. BASNAGE de *decim.* §. 6. Haec ratio *particularis* et ſoli *genti Iſraeliticae* propria erat. Proinde extincta republ. et amiſſa hereditaria terra, imo deleto ſacerdotio hi, qui ex tribu LEVI ſanguinem ducunt, (ſi modo id ipſum adhuc docere queunt) ius *decimarum* amiſerunt. Neque, quod quidam volunt, Epiſcopi, presbyteri diaconique in locum et ius veteris ſacerdotii ſubrogati ſunt: recentior haec doctrina primis temporibus non fuit vbique agnita, cum miniſtrorum eccleſiae diuerſus ſtatus et conditio ſit, ac Leuitarum veteris teſtamenti, docente VITRINGA *de ſynag. vet. in proleg.* Apoſtoli et primaeui presbyteri ab eccleſia alebantur, quatenus indigebant, imo et aliunde opere manuali victum ſibi quaerebant, ne graues eſſent fidelibus, ceteriſque indigentibus diſtribuenda minuerent. Decimarum nunquam facta mentio, aut ſolutio earum presbyteris vindicata: generatim tantum PAVLVS I. *Cor. IX.* et I. *Tim. V*, *v.* 17. docet, operarium dignum eſſe mercede, eccleſiiſque auctor eſt, vt ſingulis ſolis diebus in communes neceſſitates quaedam conferant. Spontaneum hoc tributi genus erat; *nemo compellebatur*, *ſed ſponte conferebat*, vel TERTVLLIANO teſte in *Apolog. c.* 39. ſinguliſque menſibus aliquid his, qui in clero erant, ſeu *matricularii*, diſtribuebatur, vt ex antiquitatibus notum eſt.

Aſſerto clericis ſacerdotio cum omnibus iuribus decimarum praeſtatio quoque exacta eſt.

§. VI. Iam ſeculo II. noua rebus perſoniſque indita nomina et ſignificatus genuini admodum corrupti ſunt. Epiſcopi, *pontifices maximi*, presbyteri *ſacerdotes*, Diaconi *Leuitae*, euchariſtia *ſacrificium*, menſa illi inſeruiens *altare* dici occeperunt. Eadem mutatione ea, quae *clericis* diſtribuebantur ex *oblationibus* fidelium, *decimae* dici debuere, licet tales non eſſent. Ex *ſimilitudine* quadam

rerum

rerum placuit patribus omnia reducere ad ſtatum veteris teſtamenti, vel ſaltim inde argumenta trahere. Hac de cauſa CYPRIANVS *epiſt.* 1. *Edit. Oxon.* diſpoſitionem DEI circa tribum LEVI ad clerum ſui temporis quodammodo applicat, et, *quod totum*, pergit, *fiebat de auctoritate et diſpoſitione diuina, vt, qui operationibus diuinis inſiſtebant, in nulla re auocarentur, nec cogitare aut agere ſecularia cogerentur. Quae nunc ratio et forma in clero tenetur, vt, qui in eccleſia domini ordinatione clerica promouentur, in nullo adminiſtratione auocentur, nec moleſtiis et negotiis ſecularibus alligentur, ſed in honore ſportulantium fratrum, TANQVAM DECIMAS EX FRVCTIBVS ACCIPIENTES, ab altari et ſacrificiis non recedant, ſed die ac nocte coeleſtibus rebus et ſpiritualibus ſeruiant.* Comparationem inſtituit inter clerum ſui temporis, veterisque foederis, et ſicuti huius ſalaria in decimis conſiſtebant, ita illorum ſportulas inſtar *decimarum* vel loco earum eſſe ait. Proprie dictas enim decimas non fuiſſe ſolutas, ipſe prodit CYPRIANVS *de vnit. eccleſ. in f.* atque, *at nunc*, ait, *de patrimonio nec decimas damus.* Eodem argumento iam ſeculo II. vſus eſt IRENAEVS *lib. IV. adu. haereſ. c.* 20. et, *ſacerdotes*, ait, *ſunt omnes domini Apoſtoli, qui neque agros, neque domos hereditant hic, ſed ſemper altari et DEO ſeruiunt,* quod in *ſqq.* ex iure Moſaico et legibus veteris ſacerdotii illuſtrat. In *c.* 27. *eiusdem libr.* praecepta legis non eſſe diſſoluta inter Chriſtianos docet, ſed imo aucta, et *pro eo quod eſt decimare omnia, quae ſunt, pauperibus diuidenda eſſe*, ex domini praecepto contendit. Idem argumentum continuat *c.* 34. aſſeritque, nos in libertatem vocatos omnia noſtra DEO conſecrare debere. *Et propter hoc illi*, ait, iudaei ſcilicet, *quidem decimas ſuorum habebant conſecratas: qui autem perceperunt libertatem, omnia, quae ſunt ipſorum, ad dominicos decernunt vſus*

hilariter et libere dantes ea, non quae ſunt minora, vtpote maiorem ſpem habentes. His ſimilibusque argumentis ſtudia fidelium excitate voluere patres, vt ad imitationem populi Iſraelitici paulo liberaliores eſſent in erogandis bonis.

Doctrina theologi Angli cuiusdam pro defenſione decimarum.

§. VII. Qui inter recentiores *praxin decimarum* defenderunt, fere iisdem ſimilibusque argumentis vſi ſunt. PRIDEAVX, quem ſupra laudaui, in tr. *de orig. et iure decim. c.* I. id potiſſimum agit, vt, aſſerto cultu diuino et miniſterii neceſſitate, doceat, miniſtris eccleſiae ex *debito naturali* neceſſaria vitae deberi, quamuis oſtendi ex ratione nequeat, quanta pars noſtrorum redituum huic rei impendi debeat. Addit, in ſocietate externa, in qua Deus colitur, poſtulare ordinem bonum, vt illa portio determinetur; hac de cauſa a primis mundi temporibus *decimas* fuiſſe conſecratas, easque inter gentes, vt Syrias, Phoenicios, Arabes, Graecos Romanosque vſitatos, eamque generalem praxin ſine dubio a primis hominibus introductam ad poſteros mediante traditione deriuatam exemploque Abrahami et Iacobi illuſtratam fuiſſe, certo indicio, originem decimarum *diuinam* eſſe, licet *nulla lex* diuina adſit, quae ad eas ſoluendas omnes omnino homines adſtringat. Recte vero adiungit, legem de *decimis ſoluendis* ſolis datam fuiſſe Iſraëlitis a DEO, non vt *mundi domino*, ſed vt a *rege* et *ſummo imperatore* in populo iudaico; decimas tantum terrae Canaiticae inhaeſiſſe: Chriſtianos vero per omnem terram diffuſos non obligaſſe, eosque tantum *generaliter* obſtringi ad neceſſaria miniſtris eccleſiae ſuppeditanda. Subinde tamen *cap. II.* credit, decimas eſſe *originis diuinae*, licet nulla *lege praeceptiua* omnibus ſint impoſitae, atque prius vel ex praxi patriarcharum conſtare, imo exemplum DEI, quo Iſraëlitis decimarum ius praeſcripſit, ſatis efficax eſſe, vt id Chriſtiani, etiam *ſine lege obligatoria*, ad imitationem trahant, cum nulla redituum noſtrorum portio, qua miniſtris

Digitized by Google

miniſtris eccleſiae ſubuenire iubemur, ſit accommodatior, quam DEI exemplo determinata. Huic exemplo diuino omne momentum tribuit, indeque prolixe omnem vim et efficaciam inter Chriſtianos trahit. Multa quidem circa ea, quae ἐν συνόψει enarraui, monenda forent; ſed vel haec pauca ſufficiant. Decimas a DEO primordialiter eſſe inſtitutas, ſeu, quod idem eſt, eſſe *originis diuinae*, nullo comprobauit argumento ſolido. Imo DEVM decimas inſtituiſſe, ſine *praecepto* de iis ſoluendis, quis concipere poterit ſanus? Approbauit eas in populo iudaico, prout auctor dicit, vt *Rex populi ſui* et ſic *iure regio*, deditque easdem Leuitis in compenſationem portionis, qua ex prouida DEI diſpoſitione in diuiſione terrae Canaan priuabantur. Quis hoc exemplum, peculiaribus propriisque munitum rationibus, in conſequentiam trahet? Quis huic aliquam efficaciam aſſignabit, vt eo liquidum planumque fiat, DEO *abſolute* h. e. ſine reſpectu ad peculiares rationes iudaicas, decimas placuiſſe? Debentur vtique miniſtris eccleſiae alimenta; horum neceſſitas tamen aliunde ſatis euidens eſt, vt ex hoc exemplo, ſingularibus prorſus circumſtantiis inſtructo, nec *quantitas* nec ipſa *obligatio* peti debeat. Denique his, qui adſtruunt, ad minimum decimas, vtpote a DEO ipſo conſecratas, ſoluendas eſſe pauperibus, illud maxime conſiderandum propono, DEVM, vt plerique fatentur, in populo ſuo, *iure regio*, inſtar *tributi* eas ſibi vindicaſſe, nec vllum de certa *quantitate* a Chriſto et Apoſtolis nobis traditum eſſe praeceptum.

§. VIII. Redeundum in viam, fataque decimarum reliqua inter Chriſtianos eruenda. Iam aliquoties obſeruatum eſt, non ſatis prouide patres in applicatione veteris foederis egiſſe, quin potius vniuerſum ſacerdotium ex iure Moſaico cum omni apparatu et iuribus pedetentim ad ſacra ſua traxiſſe. Hoc facto, infinita iuris veteris inſtituta reco-

Patres improuide egerunt in reducendis decimis ex veteri teſtamento.

coquere, et ſub *lege neceſſitatis*, ſine examine debito, fidelibus proponere auſi ſunt. Varia aſſertores decimarum teſtimonia eorum adducunt, quae tamen id, quod probandum erat, non euincunt, ſed ſimplicem quorundam patrum opinionem ſiſtunt exhibentque. Conſtitutiones Apoſtolicae *lib. VII. c.* 30. de *neceſſitate decimarum* agentes ad ſeculi V. tempora indubie ſpectant. Inter omnes ORIGENES hoc argumentum ſoluendarum *decimarum* et *primitiarum* vrſit, obſeruantibus FLEVRY *dans l' hiſtoire eccleſ. tom. II. p.* 161. THOMASSINO *de vet. et noua eccl. diſcipl. P. III. lib. I. c.* 3. §. 9. BASNAGIO *cit. diſſ.* §. 9. aliisque. Inprimis vrget ſaluatoris effatum, iuſtitiam noſtram abundantiorem eſſe debere Phariſaeorum praxi. *Quomodo ergo*, ait *homil. in num. XI. abundat iuſtitia noſtra plus quam ſcribarum et Phariſaeorum, ſi illi de fructibus terrae ſuae guſtare non audent, priusquam ſacerdotibus primitias offerant, et Leuitis decimae ſeparentur; et ego nihil horum faciens fructibus terrae abutor: vt ſacerdos neſciat, Leuites ignoret, diuinum altare non ſentiat.* Sufficere potuerat ORIGENI aſſeruiſſe, epiſcopos et presbyteros eſſe *ſacerdotes*, diaconos vero *Leuitas*, qua doctrina iam corrupta erat eccleſia: hac aſſerta ſententia, concluſio prona videbatur, eis quoque hoc tributi genus debere. HIERONYMO vel hoc argumentum ſuffecit, et inde ita ratiocinatur: *Si ego pars domini ſum et funiculus hereditatis eius, nec accipio partem inter ceteras tribus, ſed quaſi Leuita et ſacerdos viuo de decimis et altari ſeruiens altaris oblationibus ſuſtentor, habens victum et veſtitum, his contentus ero.*

Non ſtatim conciliis haec doctrina approbata eſt.

§. IX. HIERONYMI, AVGVSTINI aliorumque patrum loca non referam, quae *monita* magis erant, quam *teſtimonia* de praxi illius temporis, vt THOMASSINVS *cit. l. c. IV.* illam inde minime eruere debuerit. Silent concilia

lia quarti ſeculi de neceſſitate ſoluendarum *decimarum*, quae hoc argumentum haud praeteriiſſent, ſi hoc tributum vniverſaliter omnibus imponendum eſſe arbitrati fuiſſent Patres. Canones Arabici Nicaeni *c.* 1. apud HARDVINVM *tom. I. Concil. p.* 510. de *primitiarum* neceſſitate praeceptum habent, *vt ex iis alantur ſacerdotes et eccleſiae miniſtri.* Sed eos eſſe ſubleſtae fidei, plus quam manifeſtum eſt, nec alios vnquam eccleſia orientalis agnouit canones Nicaenos, quam quos *Codex canonum vniuerſae eccleſiae* exhibet. Interim *primitias* iam in quibusdam eccleſiis ex hac patrum doctrina vſitatas fuiſſe, docent patres Gangrenſes in epiſtola ſynodica *anno* 325. apud HARDVINVM *cit. l. p.* 530. in qua Euſtathio hoc crimini dant, quod *primitias frugum eccleſiaſticas, quas veterum inſtitutio eccleſiis tribuit, ſibi ſumſerit et vindicauerit.* Aſt ab illis ad *decimarum* praxin nullum validum necti poteſt argumentum, nec aſſertum patrum Gangrenſium vniuerſalem eccleſiae obſeruantiam euincere. Ad minimum etiam de *primitiis* ſilent canones conciliorum. Non ſiluere tamen poſt haec tempora parochi, in concionibus ſuis doctrinam *de decimis ſoluendis* ſtrenue vrgentes, relictis iis, quae ad ſalutem hominum facere debebant, vt SARPIVS *tr. de benefic. art. II.* obſeruat. Quid vero ſi quis Presbyteris obieciſſet, ſe non eſſe Leuitas: his decimas a DEO eſſe tributas, ſacerdotibus *primitias* et decimam decimarum: diaconis vtpote Levitarum munere fungentibus eis vnice praeſtandas eſſe. Sed haec exceptio altioris indaginis, quae reiicienda in fauorem piae cauſae.

§. X. Seculo ſexto veſtigia quaedam ſparſim in conciliis de *decimis* exſtant. In *concilii Turonenſis II.* 567. habiti canonibus de iis nihil cauetur, et tamen patres Turonenſes in epiſtola ſynodica apud HARDVINVM *tom. III. concil. p.* 368. monita de decimis haec ſubiungunt: *Illud*

Digitized by Google

vero inſtantiſſime commonemus, vt Abrahae documenta ſequentes decimas ex omni facultate non pigeat DEO pro reliquis, quae poſſidetis, conſeruandis offerre: ne ſibi ipſe inopiam generet, qui parua non tribuit, vt plura retentet et quod dicendum eſt verius, ſuum perſoluat pretium, ne ſe trabi videat peccato dominante captiuum etc. Addunt etiam haec: *Ergo ſi quis in Abrahae conlocari vult gremio, eiusdem non repugnet exemplo* in ſoluendis ſcilicet decimis. Si ſub *praeciſa neceſſitate* iam ſoluendae fuiſſent decimae, patres ſine dubio canones de hoc argumento in ipſo concilio edidiſſent. Id vero minime factum eſt. In *epiſtola ſynodica* voluere patres earum mentionem iniicere, in qua plura alia conſilia et *monita*, v. c. de nuptiis propter inſtantem calamitatem publicam differendis, explicantur, cum in canonibus non *monita*, ſed *praecepta* dentur. Conf. FRANCISCVS DE ROYE *lib. II. inſtit. iur. can. t.* 12. §. 4. IVSTINIANVS in legibus ſuis earum mentionem nullam facit, et quia adhuc concilia de iis ſilent circa haec tempora, probabile eſt, tantum patrum doctrina priuata earum neceſſitatem inculcatam fuiſſe.

Seculo ſexto in conciliis et legibus decimae imperatae.

§. XI. Hoc ſeculo tamen quaedam iam praecepta tam *ciuilia* quam *eccleſiaſtica* occurrunt. In Gallia CHLOTARII conſtitutio circa *annum* 560. *c.* 11. de decimis haec habet: *Agraria, paſcuaria vel decimas porcorum eccleſiae pro fidei noſtrae deuotione concedimus, ita vt actor aut decimator in rebus eccleſiae nullus accedat.* vid. STEPHANVS BALVZIVS *tom. I. capitul. p.* 8. In *concilio Matiſconenſi II. anno* 583. habito *c.* 5. apud HARDVINVM *tom. III. concil. p.* 461. occurrit praeceptum de ſoluendis decimis, ſimulque innuit, eo tempore decimarum ſolutionem vel neglectam, vel nondum conſtante praxi receptam fuiſſe, quod probabilius eſt. Edicunt patres: *Leges diuinae, conſulenti-*

Digitized by Google

lentibus ſacerdotibus ac miniſtris eccleſiarum, pro hereditatis portione omni populo praeceperunt decimas fructuum ſuorum locis ſacris praeſtare, vt nullo labore impediti horis legitimis ſpiritalibus poſſint vacare miniſteriis. Quas leges Chriſtianorum congeries longis temporibus cuſtodiuit intemeratas: nunc autem paulatim praeuaricatores legum pene Chriſtiani omnes oſtenduntur, dum ea, quae diuinitus ſancita ſunt, adimplere negligunt. Vnde ſtatuimus ac decernimus, vt mos antiquus a fidelibus reparetur, et decimas eccleſiaſticis famulantibus cerimoniis populus omnis inferat, quas ſacerdotes aut in pauperum vſum aut in captiuorum redemtionem praerogantes ſuis orationibus pacem populo ac ſalutem impetrent. Pene omnes Chriſtianos ab officio in ſoluendis decimis deſciuiſſe, aiunt patres: dixeris potius, decimas nondum vniuerſaliter introductas fuiſſe, patresque huius concilii ex quorundam patrum antiquorum doctrina deceptos crediderim, praxin earum obliteratam eſſe. Hic vnicus canon ex ſeculo VI. adduci poteſt, quo decimae ſunt imperatae. Pauca earum veſtigia occurrunt in ſeculo ſeptimo. Refert HARDVINVS *tom. III. concil. p.* 1772. *circa annum* 688. THEODORI Cantuarienſis *capitula*, in quibus quaedam de decimis occurrunt. In *c.* 24. haec habentur: *Presbyter decimas dare non cogetur;* et *c.* 30. *tributum eccleſiae ſit, ſicut conſuetudo eſt prouinciae; tamen ne pauperes in decimis vim patiantur.*

§. XII. Seculo octauo vſus decimarum magis firmatus eſt legibus Francorum, brachioque ſeculari. In eorum capitularibus, inprimis CAROLI M. frequentiſſima de decimis ſoluendis occurrunt praecepta. In *capit.* KAROLI M. *de anno* 801. apud BALVZ. *tom. I. capit. p.* 359. *c.* 6. ſacerdotibus iniungitur, *vt vnusquisque cunctos ſibi pertinentes erudiat, vt ſciant, qualiter decimas totius facultatis eccleſiis* *Seculo VIII. decimarum vſus auctus.*

 diui-

Digitized by Google

diuinis debite offerant. In *c. ſq.* adiungitur, eas diuidendas eſſe in tres portiones, vt prima ad ornamenta eccleſiarum, altera ad vſus pauperum, et tertia ſacerdotibus cedat. In *lib.* 5. *cap.* 101. apud BALVZ. *cit. l. p.* 841. modus cogendi plebem ad decimas ſoluendas exprimitur, his verbis: *de decimis, quas populus dare non vult, niſi quolibet modo ab eo redimantur, ab epiſcopo prohibendum eſt, ne fiat. Et ſi quis contemtor inuentus fuerit, et nec epiſcopum nec comitem audire voluerit, ſi noſter homo fuerit, ad praeſentiam noſtram venire compellatur. Ceteri vero diſtringantur, vt inuiti eccleſiae reſtituant, quod voluntarie dare neglexerunt.* Soluendae vero erant decimae vel *ſimplices* vel *duplices*; illae de *rebus propriis*, hae de rebus eccleſiae, quas laici *beneficio regum* iure precariorum tenebant, de quibus *decimae* et *nonae* debebantur iuxta capitularia KAROLI M. relata a REGINONE *de eccleſ. diſcipl. lib. I. c.* 43. *c.* 45. *ſqq. p.* 46. *edit. Baluz.* et NATALI ALEXANDRO *ad ſec. VIII. hiſt. eccl. c.* 5. *art.* 5. §. 4.

Regna ad Chriſtianiſmum conuerſa huic tributo ſubiecta.

§. XIII. Huic tributo mox ſubiiciebantur regna et terrae, quae nomen CHRISTO dederant. Neque enim eximi amplius ab eo poterant, qui *eccleſiae* h. e. cleri imperio colla ſua ſubdiderant. Vix domiti erant Saxones, vix ſceptro Francorum ſubiecti, quo ſtatim legem de *ſoluendis decimis* eis impoſuerit KAROLVS M. teſte SCHATENIO *in hiſtor. Weſtphal. lib.* 8. *p.* 519. *et* 521. Apud BALVZ. *tom. I capitl. p.* 246. occurrit *praeceptum eius de inſtitut. epiſcop. per Saxoniam de anno* 789., quo refert *ſe Saxones bello domitos ad baptiſmi gratiam adduxiſſe, et priſtinae libertati donatos et omni debito cenſu ſolutos, pro amore illius, qui victoriam retulerat, ipſi tributarios et ſubiugales deuote addixiſſe: videlicet,* pergit, *vt qui noſtrae poteſtatis iugum hactenus ferre detrectauerunt victi iam, DEO gratias, et armis*

Digitized by Google

nis et fide domino et ſaluatori noſtro Ieſu Chriſto et ſacerdotibus eius omnium ſuorum iumentorum et fructuum totiusque culturae decimas ac nutriturae diuites ac pauperes legaliter conſtricti perſoluant. Eodem fere tempore edita videtur *capitulatio de partibus Saxoniae*, a BALVZIO *cit. l. p.* 250. relata, quae *c.* 17. haec de *decimis* a Neophytis ſolvendis conſtituit: *ſimiliter ſecundum DEI mandatum praecipimus, vt omnes decimam partem ſubſtantiae et laboris ſui eccleſiis et ſacerdotibus donent, tam nobiles quam ingenui, ſimiliter et liti, iuxta quod DEVS vnicuique dederit chriſtiano, partem DEO reddant.* Per *religionis* culturam, quae tamen onere non vacabat, credebat continere in officio Saxones, quos per arma cogere non poterat. Antiquus Poeta Saxo *ad annum* 803. apud LEIBNITIVM *tom. I. rer. Brunſuic. p.* 153. memoriam rei geſtae hoc exornauit carmine:

At vero certum Francorum regibus vllum
Soluere nec penitus deberent, atque tributum
Cunctorum pariter ſtatuit ſententia concors,
Sed tantum decimas diuina lege ſtatutas
Offerrent, ac praeſulibus parere ſtuderent.

Hac de cauſa quoque poſt pauca addit:

Plus regis pietas et munificentia fecit
Quam terror.

Prudenter tamen ſimul monuit epiſcopos, ne in exigendo hoc tributo nimis amare aut acerbe agerent cum fidei detrimento. *Veſtra*, ſcribit, *ſanctiſſima pietas ſapienti conſilio prouideat, ſi melius ſit rudibus populis in principio fidei iugum imponere decimarum, vt plena fiat per ſingulas domus exactio illarum: an apoſtoli quoque ab ipſo DEO Chriſto edocti et ad praedicandum mundo miſſi exactiones decimarum exegiſſent vel alicubi demandaſſent dari, conſiderandum eſt. Scimus quia decimatio ſubſtantiae noſtrae bona eſt. Sed melius eſt illam amittere, quam fidem perdere.*

 Nos

Nos vero in fide catholica nati, nutriti, et edocti, vix conſentimus ſubſtantiam noſtram pleniter decimare. Quanto magis tenera fides et infantilis animus et auara mens illarum largitati non conſentit? Roborata vero fide et confirmata conſuetudini chriſtianitatis tunc quaſi viris perfectis fortiora danda ſunt praecepta, quae ſolida mens religione chriſtiana non abhorreat. vid. NATALIS ALEXANDER *cit. l.* COINTIVS *ad ann.* 798. *n.* 17. Hoc onere coniuncta erat conuerſio infidelium per haec et ſequentia tempora, quod non poterat non eorum animos a fide in Chriſtum alienare. Nec ſaniora conſilia facile admittebant clerici, auaritia penitus iam corrupti, magisque bonis laicorum quam animabus eorum inhiantes. Singulare huius rapacitatis edidit exemplum clerus Hungaricus, quam IOANNES *papa anno* 1328. reprimere ſtuduit: *ſignificauit nobis,* ſcribit papa ad praedictum clerum apud RAYNALDVM *ad cit. ann. n.* 83. *Chariſſimus in Chriſto filius noſter Carolus rex Vngariae illuſtris, quod vos, cum contingit aliquos ex Cumanis, Blachis et Slauis et aliis infidelibus ad fidem catholicam diuina gratia et dicti regis inductione conuerti, ab huiusmodi taliter conuerſis et in fide catholica praedicta nouis decimas integras nimis rigoroſe exigitis, ac etiam extorquetis, propter quod neophyti et conuerſi huiusmodi ex eo, quod ſoluere decimas ante conuerſionem eorum non conſueuerunt, interdum aſſerunt, quod ad fidem catholicam praedictam aſſumendam ex eo inuitantur, vt dent clericis bona ſua, et multi, qui ad fidem ipſam libenter conuerterentur, a conuerſione huiusmodi propterea retrahuntur.* Hac de cauſa addit: *mandamus, quatenus in exigendo decimas praedictas ab huiusmodi de nouo conuerſis vos ſic benigne et curialiter, quousque conuerſi ipſi in fide praedicta perfecti, et in ea plenarie roborati fuerint, vos geratis, quod conuerſi ipſi ſe grauatos non reputent, quin imo benignius per-* tractati

Digitized by Google

tractati alios infideles ad praedictam fidem catholicam aſſumendam adducant, et ipſi in fide catholica deuotius perſeuerent. Ita non vno impetu, ſed per varias temporum periodos, per diuerſa rerum diſcrimina, infinitasque cleri artes hoc tributum populo impoſitum, alibi citius, alibi ſerius, nec vbique fere ſine turbis publicis, vt de Scotia refert CRAGIVS *in iur. feud. lib.* 1. *tit.* 15. §. 6. de Holſatia HELMONDVS *in chron. Slau. lib. I. c.* 91. *ſeqq.* de Thuringia AVTOR *vitae Viperti Comitis Groicenſ. c. XI.* §. 30. relatus *tom. I. rer. Luſat. p.* 27. de Polonia FLEVRY *in hiſt. eccl. tom.* 12. *lib.* 58. §. 45. *p.* 404.

Laicis quomodo obuenerint?

§. XIV. His velut gradibus artibusque decimarum tributum epiſcopi ceterique clerici ſibi vindicarunt, quod ab initio in tres vel quatuor partes diuiſum eſt, pedetentim tamen, praebendis certis erectis, ſingulis eccleſiis, altaribus, aliisque beneficiis aſſignatum. Varia mox decimarum tam ſollicita auiditate introductarum fortun.. fuit. Clericis vnice *iure diuino* hae deberi credebantur; maxima tamen pars earum variis occaſionibus in manus *laicorum* peruenere non ſine clericorum murmuratione et ſtrepitu. Adhuc hodie tot *decimae* a laicis poſſidentur, vel *iure feudi* vel *alio titulo*, vt non poſſint non inuidiam clericorum mouere et excitare. Iurene an iniuria a laicis poſſideantur, et an epiſcopi in conciliis eas iuſte vindicare potuerint, intelligi rectius nequit, quam ſi occaſiones, quibus laicis ceſſerunt, euoluamus. Praemonendum tamen eſt, decimas ratione *originis* eſſe vel *eccleſiaſticas* vel *profanas*, vt loquuntur. Illae dicuntur, quae primordialiter *eccleſiis* debitae tractu temporis variis titulis ad *laicos* tranſiere, vel adhuc ab eccleſia poſſidentur. Hae vero ſunt illi ipſi prouentus, quos principes regesque vel ex metallis vel aliis bonis *dominicis*, vt olim vocatae ſunt, percipiunt. Huc pertinent

A quibus tamen diſtinguendae decimae dominicae.

tinent *decimae Goslariae*, quas FRIDERICVS II. OTTONI Duci Luneburgenſi in feudum dedit. Literas feudales adfert MEIBOMIVS *tom. III. rer. Germ. p.* 207. vbi haec formula occurrit: *eum ſolenniter iuxta conſuetudinem inueſtivimus per vexilla, de affluentiore gratia concedentes eidem* DECIMAS GOSLARIAE *imperio pertinentes.* Agrorum cenſus quoque et tributa, regibus vi ſupremi imperii debita, in Gallia *decimas dominicas* appellari teſtis eſt FRANCISCVS *de* ROYE *cit. l.* §. 15. *in f.* Hae decimae quin optimo iure in feudum dentur, nullam dubitandi recipit rationem. De *illis*, olim eccleſiae debitis, maior nata fuit contentio. Sed videamus ante omnia *modos*, quibus *laicis* pedetentim acquiſitae ſunt.

Decimae laicis obuenere (a) ex Regum Francorum diſpoſitione.

§. XV. Fere iisdem occaſionibus olim laicis obuenere decimae, quibus alia *bona eccleſiaſtica*, quas recenſuit Dn. PRAES. *in iur. eccl. ad tit. de feudis* §. 6. *ſqq.* Ex monumentis antiquis demonſtrauit, Reges Francorum monaſteria et eccleſias in ſua habuiſſe manu, et ob *neceſſitates publicas* praedia eccleſiaſtica militibus diſtribuiſſe, idque hoc ſub titulo factum fuiſſe, quod milites pro *defenſione eccleſiarum* ſimul arma hoſti inferrent, et ſic aequum fuiſſet, vt ſubſidium quoddam ex penu eccleſiae acciperent. Quibus ergo alii reditus eccleſiaſtici iure *beneficii* a regibus dabantur, his pariter etiam *decimae* eodem iure datae ſunt, quae iure ceterorum bonorum cenſebantur, prout plenius illuſtrat Dn. MEINDERS *de orig. decim. in veteri Weſtfal. c.* 4. Haec ſententia quoque fuit FRIDERICI I. apud ARNOLDVM Lubecenſem *lib.* 3. *chron. c.* 18. contra pontificis poſtulatum, *iniuſtum eſſe aliquam laicam perſonam decimas poſſidere*, fortiter pugnantis. *Scimus autem decimas et oblationes a DEO ſacerdotibus et Leuitis primitus deputatas. Sed cum tempore Chriſtianitatis ab aduerſariis infeſtarentur eccleſiae, easdem decimas praepotentes et nobiles*

biles viri ab eccleſiis in beneficio ſtabili acceperunt, quae per ſe ſua obtinere non valerent. Hoc paulo ſerius factum fuiſſe ab epiſcopis, res ipſa docet: ipſi reges Francorum iure quodam *regio* de bonis his diſponebant, et inter haec decimas quoque bene meritis in beneficium dabant. Primum CAROLVM MARTELLVM ducem Francorum bona eccleſiaſtica militibus ſuis vtenda conceſſiſſe, fatentur eruditi, et admittit PETRVS DE MARCA *in not. ad concil. Claram. c.* 7. quod Dn. PRAES. *cit. tit. de feud. cit. l.* illuſtrauit. Probabile ergo eſt, hunc eundem quoque decimas in feudum militibus dediſſe. Obſeruat id ipſum quoque VADIANVS apud GOLDASTVM *tom. III. rerum alemann. p.* 10. et de temporibus CAROLOMANNI ita loquitur; *Iam tum enim erant, non Abbates modo, quorum auaritia dudum eccleſiis nocuit, ſed nobiles etiam laici, qui principum indulgentia abuſi, decimas ſibi frequenter vindicabant.* FRANCISCVS DE ROYE *lib. II. iur. can. tit.* 12. §. 15. *in f.* antiquiores iam decimas infeudatas CAROLO MARTELLO eſſe easque circa ſeculum ſextum coepiſſe ait, id quod a vero prorſus alienum eſt, cum eo tempore, et quidem circa finem eius, vt §. 10. obſeruatum eſt, lege publica decimae paſſim inualuerint. ALTESERRA *de orig. et ſtatu feudor. c.* 5. quem de verbo ad verbum exſcripſit GONZALEZ *ad c.* 19. *X. de decim. n.* 5. negat, CAROLVM MARTELLVM decimas laicis in feudum dediſſe, licet concedat, eum praedia eccleſiaſtica militibus erogaſſe. Quis vero crederet, eum ſibi a decimis militibus dandis temperaſſe, qui praedia eccleſiaſtica beneficiario iure militibus conceſſit? Aeque ex *his* ac ex *illis* clerici alebantur, nec, qui ius in haec ſibi arrogabat, allis abſtinuiſſe credibile eſt. Hac de cauſa praxis haec ſub CAROLO M. magis propagata quam incepta eſt. AGOBARDVS, qui aeuo Carolingico floruit, *de diſpenſ. rer. eccl.* §. 15. morem huius

Digitized by Google

temporis his depingit verbis: *Nunc non ſolum poſſeſſiones eccleſiaſticae, ſed ipſae etiam eccleſiae cum poſſeſſionibus venundantur:* et paulo poſt: *et nunc ipſi contra pietatem maiorum ſi parietes ſibi vindicare potuerint, non tantum ea, quae a conſtructoribus conlata ſunt, ſed et multa, quae plerique fidelium pro ſepulturis aut qualibet deuotione alia ibidem ſacrauerunt, cum ipſis eccleſiis vendere licitum putant, nullo prohibente.* Hoc quoque tractum fuiſſe ad decimas, obſeruat BALVZIVS *in not. p.* 97. cum in iis *eccleſiarum* reditus primarii conſiſterent, et quando *eccleſiae* a laicis poſſeſſae dicuntur, id primario de *oblationibus* et *decimis* intelligendum eſt. Obſeruat id ipſum inter alios PETRVS de MARCA *cit. l.* et, *tunc non ſolum fundi et villae*, ait, *ſed etiam eccleſiae ipſae in beneficium illis conceſſae ſunt. Eccleſiarum nomine, oblationes, decimae, aliique reditus data et conceſſa intelligebantur, vt patet ex veteribus actis. Tunc eccleſiae eo iure poſſeſſae ſunt, quo cetera beneficia ſiue feuda, adeo vt tandem in heredes quoque tranſierint et expoſitae ſint hominum commercio.*

(II) ex Praelatorum facto, bona eccleſiaſtica alienantium.

§. XVI. Acceſſit (II) ipſorum Praelatorum audacia, bona et iura eccleſiae adeo ex poſt facto ſibi aſſerentium, vt de iis pro lubitu diſponere non vererentur. Saepe publica neceſſitas poſtulabat, vt potentiores ſibi conciliarent, illos vaſallos eccleſiae militesque efficerent, atque ita eos vinculo quodam ſibi obſtringerent. Non raro contentiones mouebant laici contra Praelatos, eis hoſtilia intentabant, et tandem, pace facta, ſatisfaciendum iis erat de bonis eccleſiae, et decimis, quibus admodum inhiabant. Non deerat aliis ambitio, qua mouebantur, vt plures ſibi clientes vaſalloſque conciliarent. Et quis omnes cauſas enarraret, quae ad decimas laicis dandas Epiſcopos impulerint? Illa potiſſimum approbata eſt, quam FRIDERICVS I. apud ARNOLDVM Lubec. adduxit. Ceterae reprobatae in conciliis et reie-

reiectae. Variis id teſtimoniis exornat ALTESERRA *de orig. feud. c.* 5. Aegerrime id tulit GREGORIVS VII. in *c.* 3. *C.* 16. *q.* 7. et, *peruenit*, ait, *ad nos fama ſiniſtra, quod quidam Epiſcoporum non ſacerdotibus propriae dioeceſis decimas atque Chriſtianorum oblationes conferant, ſed potius laicalibus perſonis, militum videlicet, ſiue ſeruitorum vel, quod grauius eſt, etiam conſanguineis.* Plures conditae ſunt contra detentores decimarum conſtitutiones eccleſiaſticae; ſed nobiles aegre paſſi ſunt, has ſibi eripi, quas *iure feudi* poſſidebant, vt oſtendit GERARDVS DV BOIS *in hiſtor. Pariſ. eccl. lib. X. c.* 7. §. 9. Nec ſine turbis effici poterat, vt nobiles ferociores iure ſuo cederent. Illuſtrant id verbis AIMOINII, *ſcriptoris vitae S. Abbonis*, DV BOIS *cit. l. lib. X. c. I.* §. 10. et HARDVINVS *tom. VI. P. I. concil. p.* 755. *In illis ſane diebus* (ann. 997.) *in monaſterio S. Dionyſii haud procul a Pariſiis concilium aggregatum eſt, quamplurimorum Epiſcoporum, qui, cum de fidei puritate de corrigendis tam ſuis, quam ſubditorum prauis moribus ſermocinari debuiſſent, iuxta vulgare prouerbium cunctum ſuum ſermonem ad decimas verterunt eccleſiarum, quas laicis et DEO ſeruientibus monachis aufferre moliti, aſſiſtente eis in hac re hoc venerabili DEI cultore Abbone, promiſcuam in ſe vulgi concitauere manum, ortaque ſubito ſeditione tantus in Epiſcopos timor, vt publica ſtatione relicta, paſſim quisque disfugeret, inter quos Seguinus Senonum Archiepiſcopus, primatum Galliae in ea Synodo ſibi vſurpans, primatum quoque fugae arripuit, et inter fugiendum ſecuri inter ſcapulas ictus lutoque a popularibus oblitus aegre euaſit.* Alii hanc rem teſtimoniis exornat THOMASSINVS *P. III. de vet. et noua eccl. diſcipl. lib. I. c. II.* §. 16. *ſqq.*

§. XVII. Noua acceſſit (III) cauſa, qua laicis decimae obuenirent, quod potentiores exſtruerent in villis capellas et oratoria, pro ſe ſuisque ſubditis, et decimas ſibi retinerent, *(III) ex capellarum exſtructione, vnde exſtructo-*

res ſibi reſervabant decimas. rent, iure quodam cenſus, eccleſiae impoſito. Regum exempla intuebantur, qui in capellis *dominicas decimas*, quas ſui iuris dicebant, laicis dabant. In *concilio Meldenſi anno* 845. celebrato *c.* 75. apud HARDVINVM *tom. IV. concil. p.* 1499. patres id minime approbandum cenſuere, indignum eſſe iudicantes, vt capellas villarum ſuarum laicis committerent. *Sed quia*, pergunt, *aliter cauſis intervenientibus res ſe habere dignoſcitur, monemus et hortamur, vt ſecundum canonicam auctoritatem, ne, quod abſit, periculum interdicti anathematis ex praeſumtis decimis incurratis, ſi capellas veſtras presbyteris aut viris eccleſiaſticis dederitis, et dominicas decimas acceperint, ſarta tecta eccleſiae et luminaria exinde competenter prouideant; et presbyteri parochianas decimas accipiant, et populi neceſſitatibus debite inuigilent. Si autem laici capellas habuerint, a ratione et auctoritate alienum habetur, vt ipſi decimas accipiant, et inde canes et geniciarias ſuas paſcant.* Idem repetitum eſt in *concilio Confluentino* anno 922. celebrato *c.* 5. apud HARDVINVM *tom. VI. p. I. p.* 561. vbi ita: *ſi laici proprias capellas habuerint, a ratione et auctoritate alienum habetur, vt ipſi decimas accipiant, et inde canes et geniciarias ſuas paſcant etc.* Non credibile eſt, nobiles his canonibus permotos fuiſſe, vt mox decimas, quas ſui iuris eſſe credebant, dimitterent, quin inde factum eſſe reor, vt in pagis, in quibus nobiles eccleſias parochiales pro tota ſua familia, quae potiſſimum ex ruſticis ſeruilis conditionis conſtabat, exſtruxere, decimas ſibi adſcripſerint, et iure hereditario in heredes ſuos transmiſerint, quod vel tot decimarum *allodialium* exempla adhuc teſtantur.

(IV) ex potentiorum rapacitate bona eccleſiaſtica inuadentium. §. XVIII. Frequentiſſimae quoque (IV) circa haec tempora, quibus decimae ad laicos tranſierunt, fuere querelae de laicorum ſeu praepotentum cupiditate, quibusnis artibus bonis eccleſiae eiusque iuribus inſidiante et patrimonium

Digitized by Google

nium Chriſti ad ſe rapiente. Multis expoſitae erant inſidiis eccleſiae: bona et decimas ſibi praedae fore credidere potentiores. Inde *aduocatiarum* et iurium *protectionis* origo, de quibus tot loquuntur diplomata, chartae et monumenta. *Erat praeterea*, ait DV BOIS *cit. l. lib. X. c.* I. §. 10. *aliud malum, quod corrupta aetas inuexerat, multi nobiles decimas, quae clericorum erant, inuaſerant, hique miniſtris eccleſiarum ſuarum alimoniam abſtulerant, frequentes contra hos raptores fuerant clericorum queſtus.* In *concil. Trosleiano anno* 909. celebrato apud HARDVINVM *tom. VI. p. I. p.* 519. *ſqq. c.* 6. prolixe de hac rapacitate agunt patres, inquientes: *Et quoniam ſunt aliqui tantae cupiditatis face ſuccenſi, vt non ſolum ſibi a DEO conceſſis non bene vtantur, verum inconceſſa, ac ſi licita, ambiant; et ex his, quae diutius ſunt tradita et oblata cultibus et ſecundum legem domini ſancta ſanctorum ſunt domino, et ad ius pertinent ſacerdotum, exactiones cenſus ab ipſis ſacerdotibus ſibi exquirant, et xeniis ac paſtis vel paraueredis ſeu caballorum ſaginationibus presbyteros affligant; cum ex eis, quae ſeu pro dote, ſeu quacunque fidelium deuotione, vnicuique tradita ſunt eccleſiae, non aliud quodlibet ſeruitium, niſi ſpirituale exigere debeant, neceſſarium nobis videtur, huiusmodi praeſumtiones, quia contra canonicam fiunt auctoritatem, modis omnibus cohibere.* Poſt interiecta nonnulla pergunt: *At contra quidam praeſumunt diſtringere, et iniuriare vel etiam expellere presbyteros de eccleſiis ſibi commiſſis, vel exſpoliare decimis aut poſſeſſionibus.* Inanes vtplurimum erant hae querelae, nec arma ſpiritualia, vt loquuntur, eam habebant efficaciam, vt praedam potentioribus laicis eriperent. Tranſigendum ergo ſaepe fuit de praeda, et quaedam iis dimittenda, vt, quantum fieri poſſet, ex decimis ſaluaretur. Huc, meo iudicio, reſpexit ALBERTVS KRANZIVS *lib. I. metrop. c.* 2. et, *cum non ſatis fide-*

 rent,

rent, ait, *pontifices ſua iura ab laicis principibus tueri, dediſſe arbitror partem decimarum principibus in manum per ſpeciam feudi et beneficii malentes amittere dimidium quam totum; inde factum, vt a principibus tranſirent in monaſteriales, qui nunc militares appellantur.*

Inde iure feudi decimae obtentae, de quibus reuocandis episcopi ſolliciti fuere.

§. XIX. His ſimilibusque factum eſt occaſionibus, vt laici *iure feudi* decimas plures obtinerent, quas adhuc hodie non tantum ab epiſcopis, ſed etiam principibus in feudum dari videmus. Equidem de reuocandis et reddendis decimis plura in conciliis conſtituta ſunt, quae tamen ſperatum non habuere effectum, quia qui *iure feudi* decimas poſſidebant, ſe optimo munitos titulo allegabant, ſcientes praeterea, quicquid iure feudi tenebant, ſe ne quidem eccleſiae reddere poſſe ſine *dominorum feudi conſenſu.* Hi potiſſimum intercedebant, quo minus epiſcoporum conatus euaneſcerent. Fuere tamen nonnulli, qui vaſallis ſuis ad epiſcoporum inſtantiam permittebant, vt poſſint libere, nequidem conſenſu impetrato, decimas in eccleſiam transferre vel eidem reſtituere. Inter hos fuit LVDOVICVS ſanctus rex Francorum, qui anno 1269. omnibus perſonis laicalibus, decimas percipientibus, indulſit, vt poſſent eas eccleſiis concedere *tenendas in perpetuum* cum hac clauſula: *noſtro vel ſucceſſorum noſtrorum aſſenſu minime requiſito: ita etiam quod contra hoc heredes ſeu ſucceſſores noſtri nullatenus ſe opponere valeant aut hanc conceſſionem noſtram deinceps aliquatenus impedire.* Ipſas literas LVDOVICI S. referunt MARTENE et DVRANDVS *in theſ. anecdot. tom. I. p.* 1126. An eadem indulgentia ſucceſſores eius vſi fuerint, vel inde haeſito, tum quod huius facto haud obligati fuerint, tum quod *decimae infeodatae*, vt vocantur, in Gallia haud deſierint. Id forſan tot conatibus artibusque epiſcoporum effectum eſt, vt quidam, ſicuti alia bona, ita etiam decimas, non eccleſiis, ſed monachis religioſisque con-

fer-

Digitized by Google

ferrent, ne viderentur abſque omni ſpe commodi decimas reſtituiſſe, ſed monachorum precibus fruerentur, in quibus eo tempore multum collocabatur praeſidii. Inde nouae clericorum lites et iurgia. Aeque monachi reputabantur eſſe laici; ad minimum clerici ſibi ex hac reſtitutione parum conſuli credebant; inde id egerunt, in id omnes neruos intenderunt, ne monachi a laicis reciperent decimas, ſed receptas eccleſiis redderent. Quandoque etiam monaſteria redimebant decimas a laicis ſoluto pretio. Id vero pariter vetitum fuit, ad minimum, ne id fieret ſine conſenſu epiſcopi. In *concilio Meleſitano anno* 1089. celebrato c. 5. apud HARDVINVM *tom. VI. p. 2. concil. p.* 1685. hac de re ita cautum: *nullus laicus decimas ſuas, aut eccleſiam, aut quicquid eccleſiaſtici iuris eſt, ſine conſenſu epiſcopi vel Romani conceſſione pontificis monaſteriis aut canonicis offerre praeſumat.* Idem repetitum ab ALEXANDRO III. in concilio Lateran. anno 1179. celebrato, vt §. 27. declarandum erit. Sed conſenſum epiſcoporum facile impetrabant monaſteria; immo conceſſionem epiſcoporum generalem ſubinde impetrarunt de decimis a laicis redimendis et recuperandis: id quod duabus chartis illuſtrare iuuabit. Altera eſt Matthiae Archiepiſcopi Moguntini pro Monaſterio Poledenſi: *Matthias Dei gracia ſancte Maguntinenſis ſedis archiepiſcopus ſacri imperii per Germaniam achicancellarius dilectis in Chriſto prepoſito et conuentui monaſterii in Polede ordinis Premonſtratenſis ſalutem in domino. Vt decimas quaſcunque, a nobis et eccleſia noſtra deſcendentes, de manibus laicorum redimere et recuperare ſeu iam redemtas et recuperatas retinere valeatis, ita quod nobis et ſucceſſoribus noſtris pro eadem quantitate precii decimas illas reemendi libera ſit facultas, vobis concedimus teſtimonio preſentium literarum. Dedicationes quoque eccleſiarum veſtrarum ſicut ab initio inſtitute et ſeruate ſunt, inan-*

Digitized by Google

inantea obſeruetis, ſicut hoc vobis videbitur expedire. Datum Aſchaffenburg III. Nonas Marcii anno domini milleſimo, trecenteſimo viceſimo ſeptimo. Similem conceſſionem idem Archiepiſcopus dedit Abbati et conuentui monaſterii in Nordheim. *Matthias dei gracia ſancte Maguntine ſedis archiepiſcopus ſacri imperii per Germaniam archicancellarius, dilectis Abbati et conuentui monaſterii in Northeim ordinis S. Benedicti ſalutem in domino. Vt decimas quascunque a nobis et ab eccleſia noſtra deſcendentes, de manibus laicorum redimere et recuperare ſeu iam redemtas et recuperatas retinere valeatis, ita quod nobis et ſucceſſoribus noſtris pro eadem quantitate precii decimas illas reemendi libera ſit facultas, vobis concedimus teſtimonio preſentium literarum. Dedicationes quoque eccleſiarum veſtrarum, ſicut ab initio inſtitute et ſeruate ſunt, in antea obſeruetis, ſicut hoc vobis videbitur expedire. Datum Aſchaffenburg III. Nonis Martii Anno domini MCCCXX. ſeptimo.* Huc etiam pertinent inde *redemtiones altarium*, quae in antiquis monumentis occurrunt, vi quarum monaſteria eccleſias cum conſenſu epiſcopi poſſidebant, et omne lucrum cum decimis ex iis percipiebant, conſtituto vicario, quem *perſonam* dixere, qui ſacra ibidem adminiſtraret. Hac ratione etiam monaſteriis variae obuenerunt decimae, quae etiam adhuc hodie ab iis detinentur. Conf. PETRVS de MARCA *ad c. 7. concil. Claromont. p. 263. edit. Lipſ.*

Sententia concilii Lateranenſis. §. XX. Quae cum ita ſunt, facile liquet, quae ſit ſententia concilii Lateranenſis III. ſub ALEXANDRO III. anno 1179. celebrati, in quo interpretes iuris canonici omne quaerunt praeſidium. In *canon. 9.* apud HARDVINVM *tom. VI. p. II. p. 1678.* haec praemittuntur: *Eccleſias ſane et decimas de manu laicorum ſine conſenſu epiſcoporum tam illos, quam quoscunque alios religioſos recipere prohibemus, dimiſſis etiam, quas contra tenorem iſtum moderno tem-*

pore

pore receperunt. Hic canon ſpeciatim directus eſt contra *fratres templi et hoſpitalis* et ſubinde contra ceteros religioſos, qui criſtas contra epiſcopos erexerant, eccleſias de manu laicorum, a quibus adhuc detinebantur, receperant, et decimas praeterea eodem titulo acquiſiuerant. Aegre id ferebant epiſcopi, quorum res agebatur, et omnibus modis emendandum curabant. Saepius enim iam conſtitutum erat, ne decimas *ſine conſenſu epiſcopi* de manu laicorum acciperent. In *c.* 14. laicorum audacia, vt dicitur, perſtringitur, quod, auctoritate epiſcoporum neglecta, clericos inſtituant in eccleſiis, quas iure feudi tenebant, adeoque ſui iuris eſſe credebant, presbyteros iis praeficere, imo et bona eccleſiaſtica pro lubitu diſtribuere. Speciatim de decimis haec edicunt: *prohibemus etiam, ne laici decimas cum animarum ſuarum periculo detinentes in alios laicos poſſint aliquo modo transferre. Si quis vero receperit, et eccleſiae non tradiderit, chriſtiana ſepultura priuetur.* Repetitur hic textus in *c.* 19. *X. de decim.* Sed loco *tradiderit* ſubſtitutum eſt *reddiderit*, certo ſane indicio, patres omnino intendiſſe exemplo antecedentium conciliorum, eccleſiis ſimpliciter eſſe reddendas decimas, non vero, quod vulgo adſtruitur, decimas laicorum hoc canone eſſe toleratas. Obſeruat id ipſum THOMASSINVS *P. III. de diſcipl. vet. et nou. lib. I. c.* 8. §. 7. et, *ea pene*, ait, *omnium animos occupauit opinio, a concilio Lateranenſi III. toleratas ſaltim fuiſſe decimas, quas laici obtinerent vel hactenus obtinuiſſent, vt iam de iis controuerſia illis fieri non poſſet, dum ne nouas vllas aut inuaderent ipſi aut ab epiſcopis acciperent. Vereor autem, vt ſatis certa ſit haec decimarum infeodatarum epocha. Vulgo ita ſibi perſuadent, legitime eas poſſideri, ſi ante concilium hoc Lateranenſe III. poſſideri coepiſſent, nequaquam vero, ſi poſterius. Ei ſententiae ſunt, quae contra obiici poſſunt. Nam eius con-*

cilii et verba et ſententiae a ſuperioribus conciliis nec transverſum vnguem deflectunt, exerteque vociferantur, apertum ſalutis aeternae diſcrimen adiri, ſi laici decimas retineant. Non conceditur, vt antiquas tuto retineant, dum nouas ne accumulent: nec in canone nec in concilio verbum eſt vllum, quo id ſignificetur, aut vel leuiſſime innuatur. Res, meo iudicio, plana eſt, ſi de mente huius concilii quaeritur, quae noui iuris et praeſidii nihil laicis attribuit, quod tamen interpretum iudicio factum eſt. Vnico mouentur fundamento hoc, quod non cogantur laici decimas reſtituere, ſed tantum prohibeantur, eas in alios transferre ex ſententia CANISII *ad tit. de decim. cap.* 13. *n.* 8. Id tamen inficias iri nequit, hos, qui cauſam laicorum tuebantur aduerſus clericos, mox poſt concilium hanc interpretationem huic canoni dediſſe, et inde iura laicorum defendiſſe. Haec adeo mox tam altas in animis plerorumque egit radices, vt vel ab ipſis pontificibus poſtea fuerit recepta. INNOCENTIVS III. in *c.* 7. *X. de his quae fiunt a Praelat. ſine conſ. capit.* eam recepit interpretationem, vt verba vltima oſtendunt. *Hoc autem*, ait, *de illis decimis intelligimus, quae laicis in feudum perpetuo ſunt conceſſae*, quas a laicis reuocari non poſſe, ex ſententia concilii Lateranenſis arbitratus eſt. Ex eadem interpretatione profluxit EIVSDEM ſententia in *c.* 25. *X. de decim.* qua contendit, *occaſione decimationis antiquae* (*licet in feudum decimae ſint conceſſae*) *eſſe decimas noualium vſurpandas*, *cum in talibus non ſit extendenda licentia* per concilium Lateranenſe indulta, vt optime INNOCENTIVM explicat ALTESERRA *in comm. ad Innocent. decret. ad c.* 25. *de decim.* Propagauit ALEXANDER IV. in *c.* 2. *eod. in verſ. hanc.* hanc interpretationem et, *illas autem decimas*, ait, *intelligimus poſſe taliter a religioſis de manibus laicorum recipi vel acquiri, quae ante Lateranenſe concilium ipſis laicis in feu-*

Digitized by Google

feudum perpetuo fuere conceſſae. Simili ratione VRBANI II. decretum in concilio Claromontano interpretati ſunt feudiſtae, vt *tituli* quidem ante illud in feudum dati ſubſiſtere debeant, non autem qui poſtea dati fuiſſe probarentur, 1. *f.* 6. *pr.* quamuis vix credibile ſit, VRBANVM II. id ipſum intendiſſe.

Fundamentum reuocandarum decimarum quaeritur in concilio Lateranenſi.

§. XXI. Hac de cauſa quando interpretes de decimarum a laicis poſſeſſarum reuocatione agunt, omne fere praeſidium in hoc *concilio Lateranenſi* quaerunt, et illas tantum iuſte poſſideri aſſerunt, quae ante illud *iure feudi* fuere acquiſitae, idque probandum eſſe. Quia vero haec probatio hodierno tempore admodum difficilis, ne dicam fere impoſſibilis eſt, (quis enim originem decimarum vltra ſex ſecula demonſtrauerit?) rurſus in quaeſtionem vocant, annon hodie tempus immemoriale, cuius initii non extat memoria, probaſſe ſuffecerit? HOSTIENSIS id ipſum negat: contrarium placet HENRICO CANISIO *ad tit. de decim. c.* 13. *n.* 9. quod laici tanta temporis vetuſtate muniti non tam praeſcriptione nitantur, quam praeſumtione tituli, quae exſurgit ex lapſu temporis immemorialis, quod videlicet laicus maioresue eius licite, i. e. ante concilium Lateranenſe, decimas feudi titulo poſſederint. Praeſumtio haec fundata in doctrina, quam *Dn. Praeſes in iur eccl. tit. de praeſcript.* adſtruxit, quamuis non adeo in *hypotheſi* tuta ſit. Quid enim ſi eccleſia, quae vindicat decimas, ex antiquis documentis docere poſſit contrarium? quid ſi poſſit oſtendere, illam eccleſiam demum eſſe erectam poſt concilium Lateranenſe vel ante tria vel quatuor ſecula eas adhuc in patrimonio eccleſiae fuiſſe? Ceſſabit omnino eo caſu praeſumtio iuſti tituli, quam ex lapſu immemorialis temporis deriuant. Haec ſunt, quae *in theſi* doctores eccleſiae Romanae vno ore docent. An *in praxi* quoque ad haec principia recurrant, valde dubito, cum non tantum inter

Digitized by Google

proteſtantes, ſed inter catholicos maxima decimarum pars a laicis poſſideatur, bonis patrimonialibus accenſeatur, et adeo in commercio ſit, vt quouis titulo in alium transferri queat, exceptis illis decimis, quae *iure feudi* tenentur, obſeruante ipſo ESPENIO *P. II. iur. eccl. tit.* 32. *c.* 4. §. 38. *ſqq.* idque, vt addit, contra concilii Lateranenſis et decreti Gregorii IX. in *c. f. X. de decim.* diſpoſitionem. Haec praxis contraria indigitat, omnes conatus epiſcoporum in conciliis, decimas eccleſiis vindicantium, inanes fuiſſe. Et quin hodie quoque inanes futuri, prorſus perſuaſiſſimum habeo. Non hic agitur de iure vnius alteriusue, ſed de tot aliorum praeſertim nobilium iure. Quodſi vni alteriue ex praetenſo concilii Lateranenſis fundamento controuerſia moueretur, communem cauſam ceteri omnes decimarum poſſeſſores facerent, perſuaſi, ſibi *ordinis beneficium* imminere. Sunt plerique poſſeſſores ſtatus prouinciales: horum auctoritas multum ponderis habet, vt, quae in *theſi* adferuntur, applicatione omni deſtituantur. Infinita alia eſſent in ipſo clero reformanda, ſi omnia ad veterum conciliorum doctrinam eſſent componenda. Quod ſi clerici ad decimarum reuocationem proni antiquos vel antiquatos canones vrgeant, laicis infinita alia ex canonibus antiquis in promtu ſunt, quorum praxin ante omnia in clero vrgere poſſunt, quam aegre in ſemetipſo admittent. Rectius itaque faciunt, ſi taceant, ſi ſua ſorte contenti viuant, ſi laicos in poſſeſſione decimarum haud turbent, quas repetere non poſſunt, niſi etiam ipſimet ſe componere velint ad antiquorum conciliorum ſtatuta. Aſt quanta metamorphoſis rerum, quanta reformatio tunc eſſet exſpectanda! Quod vni iuſtum, alteri quoque iuſtum eſſe debet.

Cauſae iuſtificantes laicorum decimas. §. XXXII. Ne vero ex hoc ſolo fundamento cauſam *laicorum* tueri videar, ad id, quod caput rei eſt, procedo THOMAS, magnae inter Catholicos auctoritatis, licet decimas

cimas *iure diuino* clericis datas arbitretur, ſubtili tamen diſtinctione adlata, eas iuſte a laicis poſſideri credit. Ita enim *ſecunda ſecundae q.* 87. *art.* 3. *in reſp. ad obi.* 3. philoſophatur: *ſicut res nomine decimae acceptas poteſt eccleſia alicui laico tradere: ita etiam poteſt eis concedere, vt dandas decimas ipſi accipiant, iure accipiendi miniſtris eccleſiae reſeruato.* Retinet ergo eccleſia ipſum ius ſine vllo effectu: ipſum *exercitium* laici recte habent poſſidentque. Poſſunt hac philoſophia ſubtili ſe tueri Romanae eccleſiae addicti, quibus perſuaſum eſt, decimas iure diuino clericis deberi. Sed ne quidem omnes hac delectantur doctrina: PAVLVS SARPIVS *in tr. de benef.* a communi doctrina recedit, cuius verba retulit Dn. PRAES. *in iur. paroch. ſect.* 7. *c.* 1. §. 5. quem etiam laudat THOMASIVS ad *Lancell. inſtitut. iur. can. lib.* 2. *tit.* 26. §. 3. *p.* 1135. *ſqq.* Palmarium eorum, qui decimas ex *iure diuino* clericis aſſerunt, fundamentum ex erroneo deducitur principio, presbyteros et diaconos in ius ſacerdotum et Leuitarum foederis veteris tranſiiſſe, quo nihil a veritate alienius fingi poteſt. Nunquam ſaluator, nullibi Apoſtoli hoc inculcarunt dogma, nec patres eccleſiae primitiuae neceſſitatem praeſtandarum decimarum agnouerunt. Oblationibus pauperes eosque, qui in clero erant, aluerunt. Ignorata fuit myſtica interpretatio, quam BARONIVS *in annal. ad ann.* 57. *n.* 76. procudit, quod *per Melchiſedecum Regem et ſacerdotem Chriſtianae religionis ſacerdotium praefiguratum et per Abrahamum, qui illi decimam dedit, laici omnes adumbrati fuerint.* Huiusmodi adumbrationes plures finguntur a clero, vt cauſae ſuae male fundatae ſeruiant, quae tamen vt plurimum luſus ingenii falſarum imaginationum decepti ſunt. Rationes iuris Moſaici ita comparatae ſunt, vt clero hodierno minus conueniant, licet vel maxime quoddam ſacerdotium ſibi attribuere poſſet. Leges de decimis ſunt

vtique forenſes, ſtatui iudaicae reipubl. accommodatiſſimae, Leuitisque ex ſingulari prorſus ratione accommodatae. Otium mihi hic facit SAMVEL BASNAGE, vir clariſſ. *in cit. diſſ. de decimis*, vt pluribus hanc cauſam exornare argumentis haud opus videatur.

Decimae eccleſiis debentur iure mere eccleſiaſtico et inſtar bonorum eccleſiaſticorum cenſendae.

§. XXXIII. Conclamatum itaque eſt, *decimas eccleſiis* duntaxat *iure eccleſiaſtico*, h. e. ab Epiſcopis clericisque condito, quod nonnunquam ab imperantibus approbatum eſt, teſtibus capitularibus deberi, nec a reliquo eccleſiae patrimonio diſtingui. Sicuti hoc pauperum clericorumque vſibus inſeruit, ita pariter decimae. Agnouere id patres in concilio Matisconenſi II. *c.* 5. apud HARDVINVM *tom. IV. concil. p.* 461. docentes, quod ſacerdotes *aut in pauperum vſum aut in redemtionem captiuorum* decimas erogent. In concil. Nannet. poſt ann. 895. §. 10. apud EVND. *tom. VI. p. I. concil. p.* 459. dicuntur *pauperum et hoſpitum et peregrinorum ſtipendia*, et in concil. Eborac. de *anno* 1195. *c.* 8. apud EVND. *t. VI. p. II. p.* 1931. appellantur *tributa* egentium animarum. Nota adhuc hoc tempore, h. e. anno 585. erat doctrina, *bona eccleſiae eſſe patrimonium pauperum*, adeoque decimae quoque in eundem cenſum relatae. Sicuti bona cetera eccleſiae in poteſtate Epiſcopi erant, ita et prouentus decimarum iuxta concilium Wormatienſe *de anno* 868. *c.* 59. apud HARDVINVM *tom. V. concil. p.* 745. *vt decimae in poteſtate epiſcopi fiant, qualiter a presbyteris diſpenſentur*, et *Synod. Auguſt. c.* 10. *de* anno 952. apud EVND. *tom. VI. p. I. p.* 618. vbi idem repetitur. Conf. BALVZ. *tom. I. capitul. p.* 730. 834. *et* 1172. Diuidebantur olim reditus eccleſiaſtici in quatuor, alibi in tres partes. Decimis idem ius datum erat, non diuerſum, iuxta *concil. Nannet. alleg. l.* et HINCMARI Remenſ. capit. apud EVNDEM *t. V. conc. p.* 396. *c.* 16. *Vt ex decimis quatuor portiones fiant iuxta inſtitutionem canonicam etc.*

Conf.

Conf. *capit. Caroli M. de anno* 801. *c.* 44. Apud BALVZ. *tom. I. p.* 356. et de *anno* 805. *c.* 23. *ibid. p.* 228. 1104. *et* 1208. Sicuti vero tractu temporis haec diuiſio in plerisque locis obliuioni tradita, et prouentus bonorum ſolis ceſſere clericis, ita quoque decimae. Eadem fata, eadem iura habuere, quod poſſeſſoribus laicis eo magis ius ſuum confirmat, quoniam alia bona eccleſiaſtica variis ex cauſis alienata et in laicos translata ſunt, quae hodie nullo vindicari poſſunt iure.

§. XXIV. Ex hac obſeruatione iudicium ferendum de *decimarum praeſcriptione*, quae infinitis inuoluitur ſcopulis ex ſuppoſitis principiis erroneis. Et quidem *praeſcriptionum* plures emergere poſſunt quaeſtiones: (I) An laici eas contra eccleſiam praeſcribere poſſint? (II) An eccleſia contra aliam eccleſiam? (III) Quatenus laicus contra laicum? (IV) Quatenus praeſcriptione amittantur? In prima quaeſtione plerique omnem praeſcriptionem, quam tamen in ceteris *bonis eccleſiaſticis* admittunt, excludunt, nec quadragenariam ad eas pertinere contendunt. Idque ex his potiſſimum argumentis: α) *quod laici decimas detinere non poſſint, et ſic nulla valeant eas praeſcribere ratione*, vt ait ALEXANDER *III in c.* 7. *in f. X. de praeſcript.* cum GREGORIO VII. in *c.* 1. *C.* 16. *q.* 7. cum in omni praeſcriptione poſſeſſio neceſſaria ſit: β) quod *decimae non ab hominibus, ſed ab ipſo domino ſint inſtitutae*, iudice EODEM in *c.* 14. *X. d. decim.* quae autem iuris diuini ſunt, illa nulla praeſcriptione conuelli poſſunt: γ) quod, *ſiue eas ab Epiſcopo ſiue a regibus vel quibuslibet perſonis eas acceperint, niſi eas eccleſiae reddiderint, ſacrilegii crimen committere et aeternae damnationis periculum incurrere dicantur*, iudice GREGORIO VII. *cit. l.* Denique δ) quod ad debita pertineant *annua*, quae omnem excludunt praeſcriptionem. Ita non tantum argumentantur Romanae eccleſiae docto-

Formantur quaeſtiones de praeſcriptione decimarum.

An laici decimas contra eccleſias praeſcribere poſſint?

doctores, ſed etiam quidam ex proteſtantibus, vt BERLICH. *P. II. concl.* 4. *n.* 24. CARPZ. *P. II. C.* 2. *def.* 4. *n.* 1. *ſqq.* ibique ESBACH. BRVNNEM. *Lib. II. iur. eccl. c.* 6. §. 10. aliique. Sunt haec argumenta Romanae eccleſiae propria, non vero proteſtantibus cum illis communia, licet quidam ea ſine debito examine reguſtent. Imo, ſi verum fateri licet, ne quidem in vniuerſum haec ipſa ab iis, qui ſacris pontificiis addicti ſunt, recipiuntur, vt plenius declarat HARPRECHT *conſil.* 14. *n.* 174. *ſqq.* Decimas a laicis poſſideri non poſſe figmentum eſt eorum, qui eas *iuris diuini* eſſe cenſuerunt, quod iam negatum eſt, et *rebus ſpiritualibus* annumerarunt. Fuiſſe eas quoad *maximam partem* a ſuis primordiis in *patrimonio eccleſiae*, non negatum eſt: fuit ergo res *eccleſiaſtica*, non *ſpiritualis*, niſi omnem rem *eccleſiaſticam* per ſuperſtitionem intolerabilem vocari velis *ſpiritualem*. *Spirituale* eſt, quod animam paſcit, non quod ventrem eorum, qui ſe *ſpirituales* κατ' ἐξοχὴν dicunt. Denique *ſpiritualia* a laicis poſſideri non poſſe, quis crederet? Vere *ſpiritualia* aeque pro *laicis* ac *clericis* ſunt inſtituta: illis aequaliter vtuntur, nec ſolos clericos verbo et ſacramentis paſcendos eſſe CHRISTVS praecepit. Haec ſunt *vere ſpiritualia*, omnibus communia Chriſtianis, nec in cleri monopolio. Decepti admodum ſunt hoc fuco laici, quod ſoli clerici ſint *ſpirituales*, quod ſoli nomine *eccleſiae* veniant, et huic datum ſibi tanquam *ſpiritualibus* debeatur, adeoque etiam *ſpirituale* dicendum, a quo *laici*, vt carnales, ſeculo inſeruientes, mundani, et tanquam *canes* a *ſancto* eſſent excludendi, vt olim PETRVS LICETVS cenſuit, obſeruante THOMASIO *ad Lancell. inſtit. lib. I. tit.* 4. *n.* 41. §. 2. Sicuti vero, quod ad *res eccleſiae* olim ſpectauit, non abſolute omni exemtum eſt commercio, ita et decimae, quae vt alia *bona eccleſiaſtica* varia occaſione alienata et ab antiquo in feudum data ſunt; et ſicuti

ſicuti illa, ita quoque haec *praeſcriptionem* admittunt, et ſic non *ſpirituales*, ſed rectius *res eccleſiaſticas* dicendas eſſe decimas, iam obſeruauit HARPRECHT *cit. l. n.* 175. ſi ad primordia earum recurrimus. Poſtquam autem ab eccleſia ſecularibus conceſſae ſunt, non amplius priorem qualitatem habent, ſed ſunt in ſingulorum patrimonio, et, ſtylo clericali, dicendae ſunt *res temporales*, cenſente PETRO BARBOSA *ad l.* 35. *n.* 41. *ſolut. matrim.* Inde quoque alterum corruit argumentum, quod licet in *theſi*, reſpectu habito ad rempublicam iudaicam, verum ſit, in *hypotheſi* tamen ad clericos noui teſtamenti applicatum admitti nullo modo poteſt, prout ſupra euictum. Hac reiecta hypotheſi, tertium quoque argumentum inane eſt HILDEBRANDI terriculamentum, quo plura alia ad papatum ſtabiliendum finxit, vt mores eius docent, quos acri cenſura iam olim perſtrinxit THEODORICVS Virdunenſis Epiſcopus in epiſt. ad eum ſcripta anno 1080. apud MARTENE in *theſauro anecdot. P. I. p.* 214. Vltimum argumentum vix tangunt decimarum patroni, quod miratus ſum. Maius robur tamen habet, quam priora, prout ex iis, quae Dn. PRAESES *in iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 4. *ſqq.* attulit, conſtat, vbi tamen etiam huius euoluit laqueos. Vnicum, quod adhuc ſupereſt dubium, *loco alleg.* haud tactum, hic paucis excutiendum eſt. In *l.* 46. §. 9. *d. Epiſc. et cleric.* de *annalibus legatis*, eccleſiis vel piis locis debitis, haec IVSTINIANVS edixit: *Manere igitur perpetuo IPSOS OBNOXIOS huiusmodi dationibus ſancimus: adeo vt, ſi qua fiat alienatio, et ipſa irrita ſit: et hi, qui quandoque praeerunt piis locis, licentiam habeant perſequi, et exigere ipſa, nulla temporis praeſcriptione opponenda ipſis, CVM PER VNVMQVENQVE ANNVM TALIS NASCATVR ACTIO.* In hac ratione aut euidenter errauit TRIBONIANVS, vt argumenta *tit. de praeſcript. cit.*

Digitized by Google

cit. l. adducta oſtendunt, aut, quod probabilius eſt, ſingulare quid in fauorem *annalium legatorum* piis cauſis relictorum, et quidem in *perpetuam* defuncti *memoriam* conſtituere voluit. Non nouum eſt, rationes inadaequatas et ſaepe erroneas adduci, veras autem vel ſupprimi vel obiter allegari. Prohibet Imperator *cit. l.* transactionem ſuper *annalibus legatis*, et quidem ſatis recte, α) quod talia legata ſint reuera alimenta clero aut pauperibus relicta, de quibus nulla valet transactio ſine decreto, *l.* 8. *D. de transact.* β) quod defunctus in ſui memoriam haec reliquerit, quae in *perpetuum* conſeruari non poſſet, ſi praeſcriptioni locus eſſet. Expreſſe ait: *neque perpetuo defuncti memoria, ob quod et annuum hoc reliquit, conſeruabitur, ſed ſtatim extinguetur vna cum ipſa relictorum interiens alienatione*; et poſt pauca: *vt et nomen et memoria defuncti et annui reditus in ipſis operibus perpetuo conſeruentur.* Fieret ergo talis transactio contra voluntatem et intentionem defuncti, quod praecauere voluit Imperator. Hae vero rationes cum *decimis* nihil commune habent: propriae ſunt *annalibus legatis*, ita vt dictum, qualificatis, non in conſequentiam trahendae. Denique ad *ius decimarum*, quod *reale* eſt, inſtarque *ſeruitutum* ſe habet, praediisque cohaeret, haud applicandae, quae de *obligatione perpetua praeſtandi annalia* loquuntur.

Qualis praeſcriptio hic neceſſaria ſit. §. XXV. Praeſcriptionem autem immemorialem hic vt plurimum deſiderant, ſed eam non ex eisdem petunt argumentis. Alii hoc vtuntur argumento, quod, cum pontificis ſingulari priuilegio laici decimas acquirere poſſint, merito quoque idem effectus immemoriali praeſcriptioni attribui debeat, quae vim priuilegii habeat. HARPRECHT. *cit. l. n.* 187. Eccleſiae Romanae aſſeclas hoc argumento vti, non adeo mirandum eſt, qui omnia pontifici ſuo tribuunt, et ita κατ' ἄνθρωπον diſputant. Noſtrates parum hoc

argu-

argumento proficiunt, qui pontificis priuilegio nihil tribuunt, nec ex eius conceſſione *expreſſa* vel *tacita* ius decimarum petunt. Nonnulli huc dilabuntur, vt cenſeant, ex tali praeſcriptione naſci praeſumtionem, decimas a laicis ante concilium Lateranenſe III. iam acquiſitas fuiſſe, et ita optimo ſolidoque poſſideri iure, prout §. 20. iam obſeruatum eſt, et HARPRECHTVS *cit. l. n.* 196. *ſqq.* ex doctrina Romanae eccleſiae obſeruat. Ceterum quam lubrico ſe hi pelago immittant, qui huic traditioni adhaerent, *cit.* §. 21. iam oſtendi. Ego nunquam ſane autor eſſem poſſeſſori decimarum catholico, vt ad hoc principium recurreret, quod ſupponit, eccleſiae reſtituendas eſſe decimas, et niſi reſtitutae fuerint, ſacrilegium committi. Id intendit concilium Lateranenſe, et pontifices eius interpretes. At vero tot ſeculorum vſus contrarius docuit, hoc concilium, ad aliorum canonum exemplum, nunquam in praxi recipi potuiſſe, nec hodie receptum eſſe, vt fruſtra praeſidium lubricum et cauillationibus obnoxium in eo quaeſiueris. Sufficiet ergo Pontificiis *praeſcriptio immemorialis*, qua vel ideo opus habebant, quia iure pontificio omnis praeſcriptio in iis eſt damnata, *c.* 7. *in f. d. praeſcript. c.* 1. *C.* 16. *q.* 7. qua prohibitione tamen non continetur immemorialis, vt obſeruauit Dn. PRAES. *in iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 35. Proteſtantes hac opus non habent, ſed contra eccleſiam, decimas vindicantem, tuti ſunt praeſcriptione quadragenaria. Nam 1) ſupra iam obſeruaui, decimas a *reliquo eccleſiae patrimonio* non eſſe diſtinguendas; 2) clericis non deberi decimas ex iure diuino, ſed ex iure *eccleſiaſtico*, cum tamen omnis praeſcriptio in iis ſit ideo ſublata, quod laici earum ſint incapaces, et quod iure diuino noſtro clero ſint aſſignatae.

§. XXVI. Quodſi A. C. ſtatibus decimae debentur e Catholicorum prouinciis, his vel ſola poſſeſſio anni 1624. ſuffi- *Decimae iuxta inſtrumentum pacis debitae.*

Digitized by Google

ſufficit, nec vt ad aliquam praeſcriptionem recurratur, neceſſe eſt. Inſtrumentum pacis *art. V.* §. 46. has in tuto collocauit loco, et de iis hoc diſpoſuit modo: *illi vero reditus, cenſus, DECIMAE, penſiones, quae vigore iam dictae pacis religionis, ſtatibus Auguſtanae confeſſionis ob immediatas vel mediatas fundationes eccleſiaſticas ante vel poſt pacem religioſam acquiſitas e Catholicorum prouinciis debentur, quorumque in poſſeſſione vel quaſi percipiendi anno* 1624. *die prima Ianuarii fuerunt, abſque vlla exceptione ſoluantur.* Statuum A. C. hic tantum fit mentio: aſt de his potiſſimum hic non agitur, vti grauamina, ante pacem Osnabrugenſem oblata, oſtendunt; quaeſtio potiſſimum eſt de ſtatuum ſubditis, eccleſiis aliisque corporibus, quae ex Catholicorum terris decimas antea habuerunt, quaeque eis intuitu diſſidii religionis denegabantur. Praeterea vero de iis quoque decimis, quae fundationibus iam deſtructis ex alieno territorio debebantur, cauendum fuit; ne alioquin proteſtantibus opponi potuiſſet exceptio, deſtructo fundamento, ius petendi nullum amplius ſupereſſe. Fuerunt plura monaſteria in territoriis proteſtantium ſita, quibus ab antiquo decimae ex catholicorum terris debebantur. His deſtructis, bona tamen ad ea olim pertinentia cum reliquo iure ſuperfuere, et in nonnullis locis ad Cameram principis tracta vel aliis piis inſtitutis deſtinata ſunt. Ita vero de hoc caſu *cit. art. V.* §. 47. cautum eſt: *Reditus etiam, nec non DECIMAE, canones et penſiones Auguſtanae confeſſionis ſtatibus, fundationibus iam deſtructis et collapſis, ex alienis territoriis debitae iis exſoluantur, qui anno milleſimo ſexcenteſimo vigeſimo quarto die prima Ianuarii in poſſeſſione perceptionis vel quaſi fuerunt. Quae vero ab anno* 1624. *deſtructae fuerunt, aut in futurum concident, earum penſiones etiam in alienis territoriis domino deſtructi monaſterii ſeu loci, in quo id ſitum eſt, exſoluantur.*

Digitized by Google

tur. Pertinent ergo hoc vltimo caſu decimae ad dominum territorii, in quo id monaſterium, iam deſtructum, ſitum eſt. Sicuti vero id diſerte conſtitutum eſt inter diverſae religionis conſortes, ita applicari ad eos nequit, qui eidem religioni ſunt addicti, nec inter hos ad hunc terminum decretorium prouocari poteſt, ſed potius lite mota iuris communis diſpoſitio obtinere debet.

§. XXVII. Secundus huius quaeſtionis articulus concernit praeſcriptionem decimarum vnius eccleſiae contra aliam. Hoc vel contingit, ſi eccleſia parochialis vltra *limites parochiales* decimas in alia parochia praeſcribit, vel ſi monaſteria contra eccleſias parochiales easdem praeſcribere intendunt. Illo caſu *quadraginta* anni quidem ſufficiunt, quia tamen haec praeſcriptio eſt contra ius commune, praeſcribens quoque titulum allegare et probare debet. *Nam licet ei*, inquit Pontifex in *c.* 1. *de praeſcript. in 6. qui rem praeſcribit eccleſiaſticam, ſi ſibi non eſt contrarium ius commune vel contra eum praeſumtio non habetur, ſufficiat bona fides: vbi tamen ei ius commune contrarium, vel habetur praeſumtio contra ipſum, bona fides non ſufficit: ſed eſt titulus neceſſarius, qui poſſeſſori cauſam tribuat praeſcribendi.* Propter *bonam fidem*, quam ius canonicum ſingulariter in omni praeſcriptione deſiderat, hoc introductum, quae allegatione et probatione tituli firmatur; titulus enim ab omni ſiniſtra ſuſpicione, quae ex *praeſumtione contraria* nata erat, poſſeſſorem liberat. Iam vero *de iure communi* decimae debentur eccleſiae parochiali ex fundis intra parochiam ſitis, *c.* 29. *X. de decim.* quodſi ergo vel epiſcopus, capitulum vel alius clericus ius decimarum in aliena parochia ſibi aſſerat, contra *ius commune* ſibi quid tribuit, et ita praeſumtione ſiniſtra laborat. Quo circa vel titulum, vt bonam fidem ſuae praeſcriptioni eo firmius conciliet, probare, vel immemoriali

De praeſcriptione decimarum vnius eccleſiae contra aliam.

Digitized by Google

habent, et actione *confeſſoria vtili* vindicari, vel *negatoria* in dubium vocari poſſunt. Nihil ergo prohibet, quin doctrina iuris communis de *praeſcriptione ſeruitutum* huc trahatur. De his vero inſignes altercationes ſupereſſe, manifeſtum eſt. Diſtinguendum eſſe opinor, vtrum quis *titulum*, ſeu *bonum poſſeſſionis initium*, vt dicitur in *l.* 12. *C. long. temp. in f.* habeat, nec ne? Priori caſu decem vel viginti annos, vt in rebus immobilibus, quibus haec iura inhaerent, ſufficere, vel inde liquet, quod ſeruitutes et alia iura exemplo rerum *immobilium* acquiri poſſint. *l.* 2. *C. de ſeru. et aqu.* Olim quidem *rerum incorporalium* vſucapio vires non habebat, *l.* 14. *de ſeruit. l.* 4. §. 27. *d. vſurp. et vſuc.* aſt ius praetorium, quod *ex aequitate* varias excogitauit exceptiones, his quoque vſum *praeſcriptionum* applicuit, quod iure codicis eo magis firmatum, quo ad inſtar *rerum immobilium* iura haec habentur, per *cit. l. et l.* 12. Si deeſt *titulus*, olim loco tituli erat *vetuſtas*, vel *longa conſuetudo*, vt obſeruauit Dn. *Praeſ. in iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 36. Inde ANTON. in *l.* 1. *C. de ſeruit. et aqu.* notanter ait: *is qui iudex erit*, *longi temporis conſuetudinem vicem ſeruitutis obtinere ſciet*. Hanc *longi temporis conſuetudinem* abſolui decem vel viginti annis, cenſet ill. COCCEI. *de extraord. praeſcript.* §. 48. cum in hoc ſpatio *longum tempus* conſiſtat. *l.* 1. *C. de. long. temp. praeſcript.* Verum ſi ea conferuntur, quae Dn. PRAES. ad *tit. de praeſcript.* §. 36. dixit, vix eſt, vt in hoc acquieſcere poſſimus tempore. Diuturnus vſus et longum tempus pro ſubſtrata materia eſt determinandum. Si de rebus corporalibus vſucapiendis quaeſtio eſt, *longi temporis* ſpatium certum eſt: ſi de acquirendis ſeruitutibus iuribusque, vbi titulus doceri nequit, *longum tempus* et *diuturnus vſus* non habet certam determinationem, ſed in *vetuſtate*, memoriam hominum excedente, conſiſtit, vti textus ad *tit. de praeſcript.*

Quo tempore inter laicos praeſcribantur decimae?

a Dn.

a Dn. PRAESIDE adducti euidenter docent. Aiunt, domini *patientiam* et *ſcientiam* eſſe loco *tituli:* verum id nunquam iura Romana loquuntur; *ſcientiam* domini requirunt, *cit. l.* 2. ſed hanc ideo, ne poſſeſſio ſit *clandeſtina*, quae nullum poſſet habere effectum. Scire debet dominus exercitium iuris: at eo ipſo non ſtatim admittit, conceditque ius, et in ſeruitutem conſentit. Poteſt errare et iuſta credulitate deceptus exiſtimare, alteri ſeruitutem competere. Aliud ergo *ſcientia* intuitu poſſeſſionis: et aliud *conſenſus* in ipſum ius eſt ſeruitutis: hic ſi adeſt, vel vna die poſſet acquiri ſeruitus, nec praeſcriptione opus foret. Ceterum cum iure codicis etiam actionibus, quae *perpetuae* videbantur, ſeu nullis temporibus limitabantur, ſpatium 30. annorum praeſcriptum ſit, vt conſtat ex *l.* 5. *in f. C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* etiam in decimarum praeſcriptione, ſi titulus oſtendi nequit, triginta annorum curſus ſufficiet, modo *bona fides* eum comitetur, quam ius canonicum etiam in hac praeſcriptione deſiderat. *c. f. X. de praeſcript.*

§. XXIX. Vltimum praeſcriptionis caput eſt, quo decimarum ius amittitur, et *immunitas* ab iis acquiritur. Eaedem, ſi non grauiores, hic difficultates mouentur, quae in primo membro iam ſunt tactae. Has vt ſuperare eo rectius queam, praemitto (I) non de *iure prouinciali* hic quaeri, ſed de *iure communi.* Iure prouinciali omnem tolli poſſe praeſcriptionem immunitatis a decimis, plusquam manifeſtum eſt, quod exemplo *ordinat. Magdeb. polit.* demonſtrauit Dn. PRAES. *in iure eccleſ. ad tit. de praeſcript.* §. 23. ſimulque §. 20. *ſqq.* aliorum locorum ſanctiones adduxit, quibus haec praeſcriptio eſt admiſſa. (II) Quoad *ius commune* rationes *iuris ciuilis* a iuris canonici propriis diſtingui debent. Qui illis nituntur, ad doctrinam de *annuis*, nullo tempore praeſcribendis, prouocant, liteſque, inter BVLGARVM et MARTINVM olim exortas, hic adfe-

De praeſcriptione decimarum extinctiua.

Praeſuppoſita

Iuris ciuilis rationes

Digitized by Google

vtique forenſes, ſtatui iudaicae reipubl. accommodatiſſimae, Leuitiſque ex ſingulari prorſus ratione accommodatae. Otium mihi hic facit SAMVEL BASNAGE, vir clariſſ. *in cit. diſſ. de decimis*, vt pluribus hanc cauſam exornare argumentis haud opus videatur.

Decimae eccleſiis debentur iure mere eccleſiaſtico et inſtar bonorum eccleſiaſticorum cenſendae.

§. XXXIII. Conclamatum itaque eſt, *decimas eccleſiis* duntaxat *iure eccleſiaſtico*, h. e. ab Epiſcopis clericisque condito, quod nonnunquam ab imperantibus approbatum eſt, teſtibus capitularibus deberi, nec a reliquo eccleſiae patrimonio diſtingui. Sicuti hoc pauperum clericorumque vſibus inſeruit, ita pariter decimae. Agnouere id patres in concilio Matisconenſi II. *c.* 5. apud HARDVINVM *tom. IV. concil. p.* 461. docentes, quod ſacerdotes *aut in pauperum vſum aut in redemtionem captiuorum* decimas erogent. In concil. Nannet. poſt ann. 895. §. 10. apud EVND. *tom. VI. p. I. concil. p.* 459. dicuntur *pauperum et hoſpitum et peregrinorum ſtipendia*, et in concil. Eborac. de *anno* 1195. *c.* 8. apud EVND. *t. VI. p. II. p.* 1931. appellantur *tributa* egentium animarum. Nota adhuc hoc tempore, h. e. anno 585. erat doctrina, *bona eccleſiae eſſe patrimonium pauperum*, adeoque decimae quoque in eundem cenſum relatae. Sicuti bona cetera eccleſiae in poteſtate Epiſcopi erant, ita et prouentus decimarum iuxta concilium Wormatienſe *de anno* 868. *c.* 59. apud HARDVINVM *tom. V. concil. p.* 745. *vt decimae in poteſtate epiſcopi fiant, qualiter a presbyteris diſpenſentur*, et *Synod. Auguſt. c.* 10. *de* anno 952. apud EVND. *tom. VI. p. I. p.* 618. vbi idem repetitur. Conf. BALVZ. *tom. I. capitul. p.* 730. 834. *et* 1172. Diuidebantur olim reditus eccleſiaſtici in quatuor, alibi in tres partes. Decimis idem ius datum erat, non diuerſum, iuxta *concil. Nannet. alleg. l.* et HINCMARI Remenſ. capit. apud EVNDEM *t. V. conc. p.* 396. *c.* 16. *Vt ex decimis quatuor portiones fiant iuxta inſtitutionem canonicam etc.*

Conf.

Digitized by Google

Conf. *capit. Caroli M. de anno* 801. *c.* 44. Apud BALVZ. *tom. I. p.* 356. et de *anno* 805. *c.* 23. *ibid. p.* 228. 1104. *et* 1208. Sicuti vero tractu temporis haec diuiſio in plerisque locis obliuioni tradita, et prouentus bonorum ſolis ceſſere clericis, ita quoque decimae. Eadem fata, eadem iura habuere, quod poſſeſſoribus laicis eo magis ius ſuum confirmat, quoniam alia bona eccleſiaſtica variis ex cauſis alienata et in laicos translata ſunt, quae hodie nullo vindicari poſſunt iure.

Formantur quaeſtiones de praeſcriptione decimarum.

§. XXIV. Ex hac obſeruatione iudicium ferendum de *decimarum praeſcriptione*, quae infinitis inuoluitur ſcopulis ex ſuppoſitis principiis erroneis. Et quidem *praeſcriptionum* plures emergere poſſunt quaeſtiones: (I) An laici eas contra eccleſiam praeſcribere poſſint? (II) An eccleſia contra aliam eccleſiam? (III) Quatenus laicus contra laicum? (IV) Quatenus praeſcriptione amittantur? In prima quaeſtione plerique omnem praeſcriptionem, quam tamen in ceteris *bonis eccleſiaſticis* admittunt, excludunt, nec quadragenariam ad eas pertinere contendunt. Idque ex his potiſſimum argumentis: *α*) *quod laici decimas detinere non poſſint, et ſic nulla valeant eas praeſcribere ratione*, vt ait ALEXANDER *III. in c.* 7. *in f. X. de praeſcript.* cum GREGORIO VII. in *c.* 1. C. 16. *q.* 7. cum in omni praeſcriptione poſſeſſio neceſſaria ſit: *β*) quod *decimae non ab hominibus, ſed ab ipſo domino ſint inſtitutae*, iudice EODEM in *c.* 14. *X. d. decim.* quae autem iuris diuini ſunt, illa nulla praeſcriptione conuelli poſſunt: *γ*) quod, *ſiue eas ab Epiſcopo ſiue a regibus vel quibuslibet perſonis eas acceperint, niſi eas eccleſiae reddiderint, ſacrilegii crimen committere et aeternae damnationis periculum incurrere dicantur*, iudice GREGORIO VII. *cit. l.* Denique *δ*) quod ad debita pertineant *annua*, quae omnem excludunt praeſcriptionem. Ita non tantum argumentantur Romanae eccleſiae docto-

An laici decimas contra eccleſias praeſcribere poſſint?

doctores, ſed etiam quidam ex proteſtantibus, vt BERLICH. *P. II. concl.* 4. *n.* 24. CARPZ. *P. II. C.* 2. *def.* 4. *n.* 1. *ſqq.* ibique ESBACH. BRVNNEM. *Lib. II. iur. eccl. c.* 6. §. 10. aliique. Sunt haec argumenta Romanae eccleſiae propria, non vero proteſtantibus cum illis communia, licet quidam ea ſine debito examine reguſtent. Imo, ſi verum fateri licet, ne quidem in vniuerſum haec ipſa ab iis, qui ſacris pontificiis addicti ſunt, recipiuntur, vt plenius declarat HARPRECHT *conſil.* 14. *n.* 174. *ſqq.* Decimas a laicis poſſideri non poſſe figmentum eſt eorum, qui eas *iuris diuini* eſſe cenſuerunt, quod iam negatum eſt, et *rebus ſpiritualibus* annumerarunt. Fuiſſe eas quoad *maximam partem* a ſuis primordiis in *patrimonio eccleſiae*, non negatum eſt: fuit ergo res *eccleſiaſtica*, non *ſpiritualis*, niſi omnem rem *eccleſiaſticam* per ſuperſtitionem intolerabilem vocari velis *ſpiritualem*. *Spirituale* eſt, quod animam paſcit, non quod ventrem eorum, qui ſe *ſpirituales* κατ' ἐξοχὴν dicunt. Denique *ſpiritualia* a laicis poſſideri non poſſe, quis crederet? Vere *ſpiritualia* aeque pro *laicis* ac *clericis* ſunt inſtituta: illis aequaliter vtuntur, nec ſolos clericos verbo et ſacramentis paſcendos eſſe CHRISTVS praecepit. Haec ſunt *vere ſpiritualia*, omnibus communia Chriſtianis, nec in cleri monopolio. Decepti admodum ſunt hoc fuco laici, quod ſoli clerici ſint *ſpirituales*, quod ſoli nomine *eccleſiae* veniant, et huic datum ſibi tanquam *ſpiritualibus* debeatur, adeoque etiam *ſpirituale* dicendum, a quo *laici*, vt carnales, ſeculo inſeruientes, mundani, et tanquam *canes* a *ſancto* eſſent excludendi, vt olim PETRVS LICETVS cenſuit, obſeruante THOMASIO *ad Lancell. inſtit. lib. I. tit.* 4. *n.* 41. §. 2. Sicuti vero, quod ad *res eccleſiae* olim ſpectauit, non abſolute omni exemtum eſt commercio, ita et decimae, quae vt alia *bona eccleſiaſtica* varia occaſione alienata et ab antiquo in feudum data ſunt; et

ſicuti

Digitized by Google

ſicuti illa, ita quoque haec *praeſcriptionem* admittunt, et ſic non *ſpirituales*, ſed rectius *res eccleſiaſticas* dicendas eſſe decimas, iam obſeruauit HARPRECHT *cit. l. n.* 175. ſi ad primordia earum recurrimus. Poſtquam autem ab eccleſia ſecularibus conceſſae ſunt, non amplius priorem qualitatem habent, ſed ſunt in ſingulorum patrimonio, et, ſtylo clericali, dicendae ſunt *res temporales*, cenſente PETRO BARBOSA *ad l.* 35. *n.* 41. *ſolut. matrim.* Inde quoque alterum corruit argumentum, quod licet in *theſi*, reſpectu habito ad rempublicam iudaicam, verum ſit, in *hypotheſi* tamen ad clericos noui teſtamenti applicatum admitti nullo modo poteſt, prout ſupra euictum. Hac reiecta hypotheſi, tertium quoque argumentum inane eſt HILDEBRANDI terriculamentum, quo plura alia ad papatum ſtabiliendum finxit, vt mores eius docent, quos acri cenſura iam olim perſtrinxit THEODORICVS Virdunenſis Epiſcopus in epiſt. ad eum ſcripta anno 1080. apud MARTENE in *theſauro anecdot. P. I. p.* 214. Vltimum argumentum vix tangunt decimarum patroni, quod miratus ſum. Maius robur tamen habet, quam priora, prout ex iis, quae Dn. PRAESES *in iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 4. *ſqq.* attulit, conſtat, vbi tamen etiam huius euoluit laqueos. Vnicum, quod adhuc ſupereſt dubium, *loco alleg.* haud tactum, hic paucis excutiendum eſt. In *l.* 46. §. 9. *d. Epiſc. et cleric.* de *annalibus legatis*, eccleſiis vel piis locis debitis, haec IVSTINIANVS edixit: *Manere igitur perpetuo IPSOS OBNOXIOS huiusmodi dationibus ſancimus: adeo vt, ſi qua fiat alienatio, et ipſa irrita ſit: et hi, qui quandoque praeerunt piis locis, licentiam habeant perſequi, et exigere ipſa, nulla temporis praeſcriptione opponenda ipſis, CVM PER VNVMQVENQVE ANNVM TALIS NASCATVR ACTIO.* In hac ratione aut euidenter errauit TRIBONIANVS, vt argumenta *tit. de praeſcript. cit.*

cit. l. adducta oſtendunt, aut, quod probabilius eſt, ſingulare quid in fauorem *annalium legatorum* piis cauſis relictorum, et quidem in *perpetuam* defuncti *memoriam* conſtituere voluit. Non nouum eſt, rationes inadaequatas et ſaepe erroneas adduci, veras autem vel ſupprimi vel obiter allegari. Prohibet Imperator *cit. l.* transactionem ſuper *annalibus legatis*, et quidem ſatis recte, α) quod talia legata ſint reuera alimenta clero aut pauperibus relicta, de quibus nulla valet transactio ſine decreto, *l.* 8. *D. de transact.* β) quod defunctus in ſui memoriam haec reliquerit, quae in *perpetuum* conſeruari non poſſet, ſi praeſcriptioni locus eſſet. Expreſſe ait: *neque perpetuo defuncti memoria, ob quod et annuum hoc reliquit, conſeruabitur, ſed ſtatim extinguetur vna cum ipſa relictorum interiens alienatione*; et poſt pauca: *vt et nomen et memoria defuncti et annui reditus in ipſis operibus perpetuo conſeruentur.* Fieret ergo talis transactio contra voluntatem et intentionem defuncti, quod praecauere voluit Imperator. Hae vero rationes cum *decimis* nihil commune habent: propriae ſunt *annalibus legatis*, ita vt dictum, qualificatis, non in conſequentiam trahendae. Denique ad *ius decimarum*, quod *reale* eſt, inſtarque *ſeruitutum* ſe habet, praediisque cohaeret, haud applicandae, quae de *obligatione perpetua praeſtandi annalia* loquuntur.

Qualis praeſcriptio hic neceſſaria ſit. §. XXV. Praeſcriptionem autem immemorialem hic vt plurimum deſiderant, ſed eam non ex eisdem petunt argumentis. Alii hoc vtuntur argumento, quod, cum pontificis ſingulari priuilegio laici decimas acquirere poſſint, merito quoque idem effectus immemoriali praeſcriptioni attribui debeat, quae vim priuilegii habeat. HARPRECHT. *cit. l. n.* 187. Eccleſiae Romanae aſſeclas hoc argumento vti, non adeo mirandum eſt, qui omnia pontifici ſuo tribuunt, et ita κατ' ἄνθρωπον diſputant. Noſtrates parum hoc argu-

argumento proficiunt, qui pontificis priuilegio nihil tribuunt, nec ex eius conceſſione *expreſſa* vel *tacita* ius decimarum petunt. Nonnulli huc dilabuntur, vt cenſeant, ex tali praeſcriptione naſci praeſumtionem, decimas a laicis ante concilium Lateranenſe III. iam acquiſitas fuiſſe, et ita optimo ſolidoque poſſideri iure, prout §. 20. iam obſeruatum eſt, et HARPRECHTVS *cit. l. n.* 196. *ſqq.* ex doctrina Romanae eccleſiae obſeruat. Ceterum quam lubrico ſe hi pelago immittant, qui huic traditioni adhaerent, *cit.* §. 21. iam oſtendi. Ego nunquam ſane autor eſſem poſſeſſori decimarum catholico, vt ad hoc principium recurreret, quod ſupponit, eccleſiae reſtituendas eſſe decimas, et niſi reſtitutae fuerint, ſacrilegium committi. Id intendit concilium Lateranenſe, et pontifices eius interpretes. At vero tot ſeculorum vſus contrarius docuit, hoc concilium, ad aliorum canonum exemplum, nunquam in praxi recipi potuiſſe, nec hodie receptum eſſe, vt fruſtra praeſidium lubricum et cauillationibus obnoxium in eo quaeſiueris. Sufficiet ergo Pontificiis *praeſcriptio immemorialis*, qua vel ideo opus habebant, quia iure pontificio omnis praeſcriptio in iis eſt damnata, *c.* 7. *in f. d. praeſcript. c.* 1. *C.* 16. *q.* 7. qua prohibitione tamen non continetur immemorialis, vt obſeruauit Dn. PRAES. *in iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 35. Proteſtantes hac opus non habent, ſed contra eccleſiam, decimas vindicantem, tuti ſunt praeſcriptione quadragenaria. Nam 1) ſupra iam obſeruaui, decimas a *reliquo eccleſiae patrimonio* non eſſe diſtinguendas; 2) clericis non deberi decimas ex iure diuino, ſed ex iure *eccleſiaſtico*, cum tamen omnis praeſcriptio in iis ſit ideo ſublata, quod laici earum ſint incapaces, et quod iure diuino noſtro clero ſint aſſignatae.

§. XXVI. Quodſi A. C. ſtatibus decimae debentur e Catholicorum prouinciis, his vel ſola poſſeſſio anni 1624. ſuffi- *Decimae iuxta inſtrumentum pacis debitae.*

Digitized by Google

ſufficit, nec vt ad aliquam praeſcriptionem recurratur, neceſſe eſt. Inſtrumentum pacis *art. V. §. 46.* has in tuto collocauit loco, et de iis hoc diſpoſuit modo: *illi vero reditus, cenſus, DECIMAE, penſiones, quae vigore iam dictae pacis religionis, ſtatibus Auguſtanae confeſſionis ob immediatas vel mediatas fundationes eccleſiaſticas ante vel poſt pacem religioſam acquiſitas e Catholicorum prouinciis debentur, quorumque in poſſeſſione vel quaſi percipiendi anno 1624. die prima Ianuarii fuerunt, abſque vlla exceptione ſoluantur.* Statuum A. C. hic tantum fit mentio: aſt de his potiſſimum hic non agitur, vti grauamina, ante pacem Osnabrugenſem oblata, oſtendunt; quaeſtio potiſſimum eſt de ſtatuum ſubditis, eccleſiis aliisque corporibus, quae ex Catholicorum terris decimas antea habuerunt, quaeque eis intuitu diſſidii religionis denegabantur. Praeterea vero de iis quoque decimis, quae fundationibus iam deſtructis ex alieno territorio debebantur, cauendum fuit; ne alioquin proteſtantibus opponi potuiſſet exceptio, deſtructo fundamento, ius petendi nullum amplius ſupereſſe. Fuerunt plura monaſteria in territoriis proteſtantium ſita, quibus ab antiquo decimae ex catholicorum terris debebantur. His deſtructis, bona tamen ad ea olim pertinentia cum reliquo iure ſuperfuere, et in nonnullis locis ad Cameram principis tracta vel aliis piis inſtitutis deſtinata ſunt. Ita vero de hoc caſu *cit. art. V. §. 47.* cautum eſt: *Reditus etiam, nec non DECIMAE, canones et penſiones Auguſtanae confeſſionis ſtatibus, fundationibus iam deſtructis et collapſis, ex alienis territoriis debitae iis exſoluantur, qui anno milleſimo ſexconteſimo vigeſimo quarto die prima Ianuarii in poſſeſſione perceptionis vel quaſi fuerunt. Quae vero ab anno 1624. deſtructae fuerunt, aut in futurum concident, earum penſiones etiam in alienis territoriis domino deſtructi monaſterii ſeu loci, in quo id ſitum eſt, exſoluantur.*

Digitized by Google

tur. Pertinent ergo hoc vltimo caſu decimae ad dominum territorii, in quo id monaſterium, iam deſtructum, ſitum eſt. Sicuti vero id diſerte conſtitutum eſt inter diverſae religionis conſortes, ita applicari ad eos nequit, qui eidem religioni ſunt addicti, nec inter hos ad hunc terminum decretorium prouocari poteſt, ſed potius lite mota iuris communis diſpoſitio obtinere debet.

§. XXVII. Secundus huius quaeſtionis articulus concernit praeſcriptionem decimarum vnius eccleſiae contra aliam. Hoc vel contingit, ſi eccleſia parochialis vltra *limites parochiales* decimas in alia parochia praeſcribit, vel ſi monaſteria contra eccleſias parochiales easdem praeſcribere intendunt. Illo caſu *quadraginta* anni quidem ſufficiunt, quia tamen haec praeſcriptio eſt contra ius commune, praeſcribens quoque titulum allegare et probare debet. *Nam licet ei*, inquit Pontifex in *c.* 1. *de praeſcript. in 6. qui rem praeſcribit eccleſiaſticam, ſi ſibi non eſt contrarium ius commune vel contra eum praeſumtio non habetur, ſufficiat bona fides: vbi tamen ei ius commune contrarium, vel habetur praeſumtio contra ipſum, bona fides non ſufficit: ſed eſt titulus neceſſarius, qui poſſeſſori cauſam tribuat praeſcribendi.* Propter *bonam fidem*, quam ius canonicum ſingulariter in omni praeſcriptione deſiderat, hoc introductum, quae allegatione et probatione tituli firmatur; titulus enim ab omni ſiniſtra ſuſpicione, quae ex *praeſumtione contraria* nata erat, poſſeſſorem liberat. Iam vero *de iure communi* decimae debentur eccleſiae parochiali ex fundis intra parochiam ſitis, *c.* 29. *X. de decim.* quodſi ergo vel epiſcopus, capitulum vel alius clericus ius decimarum in aliena parochia ſibi aſſerat, contra *ius commune* ſibi quid tribuit, et ita praeſumtione ſiniſtra laborat. Quo circa vel titulum, vt bonam fidem ſuae praeſcriptioni eo firmius conciliet, probare, vel immemoriali

De praeſcriptione decimarum vnius eccleſiae contra aliam.

tempore ſe munire debet. Talem praeſcriptionem, quae vice *tituli* eſt, in defectu tituli admittit pontifex *cit. l. in f.* adeoque rurſus vtplurimum *praeſcriptio immemorialis* hic deſideratur. Idem obtinebit in altero caſu, a corporibus aliis piis, quorſum etiam ordines militares pertinent, decimae vindicentur. Iam ſupra §. 18. obſeruaui, non ſine murmuratione parochorum paſſim cum aliis bonis decimas monaſteriis fuiſſe conceſſas liberalitate laicorum, qui eas diuturno tempore poſſederant. Imo id tandem prohibitum, quod difficilior earum redderetur repetitio a monachis aliisque corporibus piis, vtut alioquin bona monaſteriorum cenſerentur eccleſiaſtica, et monachi *clericorum* numero tandem adſcripti eſſent. Hac de cauſa rurſus ALEXANDER III. in concilio Lateranenſi, tam decantato, prohibuit, *ne decimas de manu laicorum* SINE CONSENSV EPISCOPORVM *tam fratres templi et hoſpitalis, quam etiam quicunque alii religioſi recipiant. c. 3. X. de priuil.* Dedit haec prohibitio monaſteriis, ordinibus, capitulisque anſam, priuilegio papali ſibi libertatem acquirendi decimas a laicis, cuius generis diplomata paſſim exſtant, vt obſeruat PETRVS DE MARCA *ad c. 7. concil. Claromont. p. 265. edit. Lipſ.* Diſtinctius fata decimarum a monaſteriis poſſeſſarum enarrat ex antiquitatibus ESPENIVS *P. II. iur. eccleſ. tit.* 33. *c.* 5. quae hunc in quaeſtione de *praeſcriptione* vſum habet, vt inde liqueat, eam itidem contra *ius commune* eſſe; vindicanti ergo parocho non alia quam titulata praeſcriptio 40. annorum, vel, non probato titulo, *immemorialis* obſtabit, ſi ſecundum *principia iuris canonici* iudicandum eſt, id quod non ſatis perpendit perſonatus SYRINGIVS in *aur. prax. dec. c.* 10. *caſ.* 21. *p.* 442. *ſeqq.*

De praeſcriptione decimarum, ſi in-

§. XXVIII. Tertius articulus concernit praeſcriptionem decimarum *a laicis* poſſeſſarum contra alios *laicos.* Ipſi Catholici ſcriptores fatentur, decimas *laicales*, vt vocant,

cant, ab alio *ſeculari patrimonio* non diſtingui, vt optime obſeruat ESPEN. *cit. l. c.* 4. §. 38. *ſqq.* multo magis inter proteſtantes haec ſententia recipienda, et ſic cauendum eſt, ne iura canonica de decimis *eccleſiaſticis* diſponentia ad *ſeculares* trahantur. Differunt enim in plurimis, quod paucis hic praemittendum. (I) Difficilius *eccleſiaſticae*, vt reliquum eccleſiae patrimonium, alienantur; facilius *ſeculares*, quae venduntur, in feudum dantur, aliisue modis alienantur, vt aliae res in commercio exiſtentes. (II) De his contenditur in iudicio ſeculari, quia in ius mere *ſeculare* tranſiere, KLOCK. *vol. IV. conſ.* 1. *n.* 104. *ſqq.* de iis in conſiſtorio. KLOCK. *vol. IV. conſ.* 1. *n.* 98. GAIL. 1. *Obſ.* 38. CARPZ. *lib.* 1. *iur. conſiſt. def.* 138. *n.* 5. *ſqq.* (III) Ad illas ſoluendas etiam excommunicatione cogi poſſunt poſſeſſores praediorum, etiam ſecundum I. P. *art.* 5. §. 48. ad has ſoluendas contumaces remediis coguntur ciuilibus. (IV) Parochialis eccleſia habet intentionem fundatam, etiam quoad *noualia*, *c.* 29. *X. de decimis etc.* non item nobiles, ſeculares decimas per *totum diſtrictum* parochiae poſſidentes. Mirum ergo non eſt, ſi (V) quoque reſpectu *praeſcriptionis* quaedam differentia hic deprehendatur. Magnopere ſane coecutiunt, qui illud vulgatum iuris canonici: *decimas non eſſe praeſcriptibiles*, in ore habent. Catholici a *ſecularibus*, quarum poſſeſſionis vel quaſi inter ſe ſunt capaces laici, hanc remouent ſententiam, quas iure mere ciuili aeſtimandas eſſe recte cenſent. Qui petunt argumenta a doctrina de *annuis*, quorum praeſcriptionem itidem in dubium vocant, eos ſupra iam deſerendos eſſe cenſui, ne dicam argumenta a fautoribus huius dogmatis adduci ſolita tangere praeſcriptionem immunitatis a *decimis*, non vero ad caſum *acquirendi* huius *iuris* pertinere, de quo hic vnice agitur. Decimae ſcilicet ſeculares, ſi iuxta ius commune conſiderantur, ad inſtar *ſeruitutum* ſe ha-

ter ſolos laicos lis vertitur.

Differentia decimarum ſecularium et eccleſiaſticarum.

habent, et actione *confeſſoria vtili* vindicari, vel *negatoria* in dubium vocari poſſunt. Nihil ergo prohibet, quin doctrina iuris communis de *praeſcriptione ſeruitutum* huc trahatur. De his vero inſignes altercationes supereſſe, manifeſtum eſt. Diſtinguendum eſſe opinor, vtrum quis *titulum*, ſeu *bonum poſſeſſionis initium*, vt dicitur in *l.* 12. *C. long. temp. in f.* habeat, nec ne? Priori caſu decem vel viginti annos, vt in rebus immobilibus, quibus haec iura inhaerent, ſufficere, vel inde liquet, quod ſeruitutes et alia iura exemplo rerum *immobilium* acquiri poſſint. *l.* 2. *C. de ſeru. et aqu.* Olim quidem *rerum incorporalium* vſucapio vires non habebat, *l.* 14. *de ſeruit. l.* 4. §. 27. *d. vſurp. et vſuc.* aſt ius praetorium, quod *ex aequitate* varias excogitauit exceptiones, his quoque vſum *praeſcriptionum* applicuit, quod iure codicis eo magis firmatum, quo ad inſtar *rerum immobilium* iura haec habentur, per *cit. l. et l.* 12. Si deeſt *titulus*, olim loco tituli erat *vetuſtas*, vel *longa conſuetudo*, vt obſeruauit Dn. *Praeſ. in iur. eccleſ. tit. de praeſcript.* §. 36. Inde ANTON. in *l.* 1. *C. de ſeruit. et aqu.* notanter ait: *is qui iudex erit, longi temporis conſuetudinem vicem ſeruitutis obtinere ſciet.* Hanc *longi temporis conſuetudinem* abſolui decem vel viginti annis, cenſet ill. COCCEI. *de extraord. praeſcript.* §. 48. cum in hoc ſpatio *longum tempus* conſiſtat. *l.* 1. *C. de. long. temp. praeſcript.* Verum ſi ea conferuntur, quae Dn. PRAES. ad *tit. de praeſcript.* §. 36. dixit, vix eſt, vt in hoc acquieſcere poſſimus tempore. Diuturnus vſus et longum tempus pro ſubſtrata materia eſt determinandum. Si de rebus corporalibus vſucapiendis quaeſtio eſt, *longi temporis* ſpatium certum eſt: ſi de acquirendis ſeruitutibus iuribusque, vbi titulus doceri nequit, *longum tempus* et *diuturnus vſus* non habet certam determinationem, ſed in *vetuſtate*, memoriam hominum excedente, conſiſtit, vti textus ad *tit. de praeſcript.* a Dn.

Quo tempore inter laicos praeſcribantur decimae?

Digitized by Google

a Dn. PRAESIDE adducti euidenter docent. Aiunt, domini *patientiam* et *ſcientiam* eſſe loco *tituli:* verum id nunquam iura Romana loquuntur; *ſcientiam* domini requirunt, *cit. l.* 2. ſed hanc ideo, ne poſſeſſio ſit *clandeſtina*, quae nullum poſſet habere effectum. Scire debet dominus exercitium iuris: at eo ipſo non ſtatim admittit, conceditque ius, et in ſeruitutem conſentit. Poteſt errare et iuſta credulitate deceptus exiſtimare, alteri ſeruitutem competere. Aliud ergo *ſcientia* intuitu poſſeſſionis: et aliud *conſenſus* in ipſum ius eſt ſeruitutis: hic ſi adeſt, vel vna die poſſet acquiri ſeruitus, nec praeſcriptione opus foret. Ceterum cum iure codicis etiam actionibus, quae *perpetuae* videbantur, ſeu nullis temporibus limitabantur, ſpatium 30. annorum praeſcriptum ſit, vt conſtat ex *l.* 5. *in f. C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* etiam in decimarum praeſcriptione, ſi titulus oſtendi nequit, triginta annorum curſus ſufficiet, modo *bona fides* eum comitetur, quam ius canonicum etiam in hac praeſcriptione deſiderat. *c. f. X. de praeſcript.*

§. XXIX. Vltimum praeſcriptionis caput eſt, quo decimarum ius amittitur, et *immunitas* ab iis acquiritur. Eaedem, ſi non grauiores, hic difficultates mouentur, quae in primo membro iam ſunt tactae. Has vt ſuperare eo rectius queam, praemitto (I) non de *iure prouinciali* hic quaeri, ſed de *iure communi.* Iure prouinciali omnem tolli poſſe praeſcriptionem immunitatis a decimis, plusquam manifeſtum eſt, quod exemplo *ordinat. Magdeb. polit.* demonſtrauit Dn. PRAES. *in iure eccleſ. ad tit. de praeſcript.* §. 23. ſimulque §. 20. *ſqq.* aliorum locorum ſanctiones adduxit, quibus haec praeſcriptio eſt admiſſa. (II) Quoad *ius commune* rationes *iuris ciuilis* a iuris canonici propriis diſtingui debent. Qui illis nituntur, ad doctrinam de *annuis*, nullo tempore praeſcribendis, prouocant, liteſque, inter BVLGARVM et MARTINVM olim exortas, hic adfe-

De praeſcriptione decimarum extinctiua,

praeſuppoſita

iuris ciuilis rationes

runt, quas Dn. PRAES. *cit. l. tit. de praeſcript.* §. 5. *ſqq.* reſoluit. Sicuti ergo de *iure ciuili* ſeruitutes ſiue *quotidianae* ſiue *non-quotidianae* fuerint, non-vſu amittuntur, *l.* 7. *quemadmod. ſeru. amitt.* ſicuti immunitas a collectis annuatim praeſtandis praeſcriptione acquiri poteſt, *l.* 4. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *ann. l. f. C. de fund. patrim.* HARPRECHT *diſſ. de praeſcript. immunit. a collect.* §. 31. *ſqq.* ita non dubium eſt, quin etiam ſecundum *rationes ciuiles* ius decimarum, quod praediis ad inſtar *ſeruitutum* et *collectarum* inhaeret, non-vſu amitti poſſit. Ipſum ius canonicum in hac materia peculiares habet rationes, quae tamen non omnibus, ſed *eccleſiaſticis* tantum decimis propriae ſunt, qua de cauſa de *ſecularibus* primo loco videndum.

iuris canonici rationes

(1) in ſecularibus.

In his facilius praeſcriptionem immunitatis admittunt, quia rationes, quas contra praeſcriptionem decimarum eccleſiaſticarum adferunt, hic ceſſant. REBVFFVS *de decim. qu.* 13. *n.* 55. Sicuti vero ſeruitutes non-quotidianae *duplicata tempore* amittuntur, ita quoque decimas *reales* tanto temporis ſpatio amitti poſſe crederem, cum confeſſoriae actioni poſt hoc tempus vlterius non ſit locus, per *l.* 7. *cit.* Nec huc trahi debet quadragenaria praeſcriptio, quae in *l. f. C. de fund. patrim.* deſideratur, quippe quae ad immunitatem a canone, principi ſoluendo, acquirendam referenda eſt, non *priuatorum iura* tangit. Alia quippe eſt ratio *rerum priuatarum*, alia rerum in *patrimonio principis* exiſtentium, per *cit. l. f.* quae non aeque facile praeſcriptione amittuntur, vt *res fiſci.* Inſigne vero praeterea argumentum *cit. l. f.* contra eos praebet, qui omnem annuarum penſionum praeſcriptionem reiiciunt, cum tamen etiam intra 40. annos immunitas a praeſtatione huius annui canonis acquiri queat.

(2) in eccleſiaſticis.

§. XXX. Eccleſiaſticas decimas etiam quadraginta annorum ſpatio amitti, et ſic immunitatem contra eccle-

ſiam

ſiam intra hoc tempus praeſcribi poſſe, forſan dixeris, cum decimae a reliquo eccleſiae patrimonio non adeo ſint diſtinguendae. Sed hic fluctus ingentes ab interpretibus mouentur, cum in principiis circa *decimas* haud conueniant. Alia eſt philoſophia *proteſtantium*, alia et longe diuerſa *Catholicorum*. Videndum ergo, vtrum lis ſit inter Catholicos, an proteſtantes. Illo caſu multis difficultatibus inuoluta eſt haec praeſcriptio, ex illis principiis, quae inter ſe admittere tenentur. Collegit ea, et quantum iudico, approbauit KLOCK. *vol. IV. conſ.* 1. *n.* 306. *ſqq.* Ait, decimas rem eſſe impraeſcriptibilem, nec vllo amitti poſſe tempore, 1) quia eas Deus ſibi reſeruauit in ſignum vniuerſalis dominii: *c.* 26. *et* 33. *X. de decim.* 2) quod, poſita immunitate a decimis, DEVS haud honoraretur ex ſubſtantia hominum contra praeceptum diuinum *Prouerb. III.* 3) quod conſuetudo quantumcunque longa nullas ſoluendi decimas tanquam peccati nutritiua non valeat, et ea non obſtante illae peti poſſint: 4) quod eccleſia ex iſta exemtione magnum notorie grauamen ſentiat, adeoque nec conſuetudo, illam approbans, valere queat, *c.* 1. *et f. X. de conſuet.* 5) quod grauiſſimum crimen incurrant, qui decimas ſoluere detrectant, et ſi crimen hoc diuturnitate temporis excuſari nequeat: 6) quod ex praecepto diuino ſacerdotibus debitae ſint, nec Chriſtus hanc legem ſuſtulerit, quin potius approbauerit: 7) quod laici in effectu decimas ſibi retineant, quarum poſſeſſionis incapaces ſint, quam tamen praeſcriptio deſideret: 8) quod in tali praeſcriptione deficiat *bona fides*, cum omnes ſciant, decimas eſſe DEI, atque ex lege diuina eſſe praeſtandas: 9) quod etiam non petitae offerri ſponte debuerint. Addit adhuc alias rationes, quae etiam ad *decimas laicales* applicari poſſunt, quas infra ſub examen reuocabo. Mediam quodammodo viam tenet PETRVS GILCKENIVS *ad auth.*

Quoad catholicos, vbi difficultates plures occurrunt

 quas

quas actiones. C de SS. eccleſ. cap. 3. et cum eo plures alii, vt ANTON. FABER *in C. lib. 7. tit.* 13. *def.* 14. aſſerentes decimas *in totum* tolli non poſſe; facilius *pro parte*, vt non praeciſe decima, ſed alia praeſtetur, et ita decimarum quantitas minuatur. *Non poteſt*, ait *cit. l. n.* 26. *mirum videri, ſi noſtrae aetatis inſtituta non exigantur praeciſe ad leges moſaicas, et ad modum illis praeſcriptum, quod alia ſit ratio cleri apud Chriſtianos inſtituti, quam Leuitarum in veteri teſtamento fuerit: vnde non videtur haec decimarum diſpoſitio tam ſtricte neque ad amuſſim vsque ſeruanda eſſe, cum ceſſent multae rationes.* In alia omnia tranſit cum COVARRVVIA *lib.* 1. *reſol. var. c.* 17. *n.* 10. CANISIVS *ad tit. d. decim. cap.* 17. *n.* 16. immunitatemque a praeſtandis decimis tempore immemoriali praeſcribi poſſe cenſet. Addit, difficilius ius decimarum, quod *ſpirituale* eſt, acquiri poſſe a laico: facilius *immunitatem*, quod ius a laicis poſſideri poteſt, cum non ſit ſpirituale. Ad argumenta, quae ex KLOCKII doctrina allata ſunt, reſpondet *cit. l. n.* 17. Huic ſententiae etiam accedit WIESTNER. *tit. de decim. n.* 57. *et ſq.* adeo vt plus temporis requirere non videatur, quam quod, vt ait, ad praeſcribendum aduerſus eccleſiam deſideratur.

Reſoluuntur difficultates inter Catholicos. §. XXXI. Iam elige, cui dicas, tu mihi ſola places. Omnia turbida, omnia intuta eſſe videntur. Tentabo tamen, quantum fieri poteſt, vt ex his laqueis extricem romanae eccleſiae aſſeclas, quorum perſonam iam ſuſtineo. Scilicet id ex hactenus dictis liquet, (1) quaeſtionem hanc eſſe problematicam et, ſalua fide catholica, de ea in vtramque diſputari partem poſſe. (2) Agnoſcere prudentiores ex doctoribus Romanae eccleſiae, obligationem iuris diuini in ſoluendis decimis non eſſe in nouo teſtamento eandem, quae fuit in veteri, ſtante republ. iudaica. Si vel maxime ergo ſuppono, decimas ita eſſe iuris diuini, vt etiam quoscunque in nouo obligent foedere, non

Digitized by Google

non tamen inde fluit, immunitatem ab iis ſoluendis intuitu eccleſiae parochialis praeſcriptione acquiri non poſſe. Olim Leuitae et ſacerdotes de *decimis* et *oblationibus* vnice paſcebantur: nulla alia bona reditusque eorum officio ſacro aſſignata erant, adeo, vt ne quidem partem in diuiſione terrae promiſſae caperent, nec ſecundum inſtitutum diuinum eam poſſidere poſſent. Praebendae pinguiſſimae, quibus hodie clerici paſcuntur, illis ignotae erant: iura ſtolae, hodie vſitata, exulabant, et, vt laconico more vtar, ſine *decimis*, pro ſtatu illius temporis, viuere non poterant. Status eccleſiae noui teſtamenti prorſus a veteri diuerſus eſt. Aliunde habent parochi reditus, quibus aluntur: patrimonium eccleſiae ſuum fecerunt, et ſine *decimis* viuere poſſunt. Si hae vnicum eſſent cleri patrimonium, omnino haberent, quod praeſcriptioni immunitatis opponere poſſent, quarum amiſſio tamen aliunde ſuppletur. Non poſſunt detrimentum allegare, quibus aliunde ſatis proſpectum eſt. Nouum mihi praeterea naſcitur argumentum ex doctrina primitiuae eccleſiae, quae *iuris apoſtolici*, imo *diuini* eſſe dicitur. Bona eccleſiae, a prima inſtitutione apoſtolica, fuiſſe patrimonium *pauperum*, plenius ex traditione eccleſiae docuit IO. LAVNOIVS *de cura eccleſiae pro miſeris et pauperibus*. Hac de cauſa, vbi diuiſio redituum in quatuor partes inualuit, *quarta* pauperibus addicta eſt. Hoc patrimonium pauperibus hodie ereptum eſſe, quis negauerit? imo ne quidem *quarta pauperum* ſupereſt. Non-vſu, et vetuſtate temporis immemorialis illam extinctam eſſe, dicendum omnino eſt. Pro ea reducenda non laborant, non ſolliciti ſunt clerici, qui bonis eccleſiae paſcuntur, et tamen quis inter pontificios aſſereret, hoc inſtitutum haud eſſe iuris diuini? Si ergo *immunitas huius debiti* iuxta doctrinam Romanae eccleſiae non-vſu acquiri potuit, quod conce-

Digitized by Google

cedere neceſſum habent, multo magis ergo non-vſu decimae amitti potuere. Si pauperibus prius reſtituitur, quod eorum eſt ex inſtituto eccleſiae primitiuae, imo *apoſtolicae*, promtiores forſan laici erunt in ſoluendis decimis, non-vſu amiſſis. Dimittant parochi bona eccleſiaſtica pauperibus; ſolis *oblationibus* et *decimis* viuant, et tunc omnino aequum, imo neceſſarium eſt, vt decimarum vſus, vbi lapſu temporis interiit, reſuſcitetur. Hoc erat conſilium PASCHALIS II. vel verum, vel fictum ſimulatumque, vbi HENRICO V. inueſtituram per annulum et baculum extorquere nitebatur. Refertur id ipſum in epiſtola Imperatoris *ad omnes Chriſtianos* apud DODECHINVM *in appendice ad Marianam Scotum ad ann.* 1110. *p.* 467. ita ſcribentis: *Et cum per nuncios noſtros ab eo quaereremus: quid de nobis fieret, a quo regnum noſtrum conſtat, quomodo fere omnia anteceſſores noſtri eccleſiis conceſſerunt et tradiderunt? ſubiunxit* Papa, *fratres eccleſiae decimis et oblationibus ſuis contenti ſint: rex vero praedia et regalia, quae a Carolo et Ludouico Ottone et Henrico eccleſiis collata ſunt, ſibi et ſucceſſoribus ſuis recipiat et detineat.* Huius conſilii exitus nec ſperari nec obtineri poterat. Reclamabant epiſcopi, nec tam duram legem ſubire volebant. Quis ergo crederet, parochos ceteroſque clericos ad caſas redituros, et pinguiſſimos ſuos reditus pauperibus eſſe reſtituturos? Meo iudicio decimas facile relinquent, vt in praeſenti, quo ſunt, ſtatu conſeruentur.

At reſpectu Dei immunitas.

§. XXXII. Non omnes tamen hoc modo ſuperati ſunt ſcopuli. Id enim tantum ex hac ratiocinatione fluit, parochos ius in *decimas* amiſiſſe, quibus aliunde ſatisfactum eſt, non DEVM. Hic in V. T. ſibi reſeruauit decimas, et ex huius conceſſione eas obtinuere Leuitae et in N. T. ex principiis Catholicorum ſacerdotes et parochi. Quodſi ergo vel maxime *non-vſus* et *praeſcriptio immunitatis* aliquid

Digitized by Google

quid roboris contra *parochos* habet et *eccleſiam*, inefficax tamen erit intuitu DEI, et decimarum ſolutio, non obſtante praeſcriptione, adhuc erit *neceſſitatis* ex lege diuina, et quilibet ad minimum *in conſcientia* obligatus erit ad decimas pauperibus ſoluendas vel in alios pios vſus erogandas; CHRISTO enim cenſetur oblatum, quod pauperibus datum eſt. Haec fuit ſententia inter noſtrates BRVNNEMANNI, *lib. II. iur. eccleſ. c.* 6. §. 2. aſſerentis, decimam praeciſe de iure diuino eſſe debitam, nec quantitatem mutari poſſe, et quod ſuſtentationi clericorum ſuperſit, ad aliam piam cauſam adhiberi poſſe. Teſtatur praeterea gener eiusdem, B. STRYKIVS *in not. ad cit. l.* virum beatum ipſa praxi hanc ſententiam comprobaſſe. Ait: *Non tantum theoretice hoc verum eſſe credidit B. Autor; ſed et theoreticam opinionem praxi priuata exacte comprobauit, dum decimam praeciſe omnium ſuorum redituum, imo ſalarii quoque et accidentalium, ad pias cauſas impendit, quod licet clam fecerit, propalari enim bona opera nolebat, ne famam in hoc mundo captaſſe videretur; mihi tamen cum de eo ſatis conſtet, vitio non vertetur, ſi poſt obitum beati viri publicum de hac pietate eius teſtimonium feram.* Ita pari modo inter Catholicos philoſophandum eſſe iudico, qui decimam adhuc in N. T. DEO deberi profitentur. *c.* 14. *X. de decim.* Neque enim, quod DEVS ex eorum ſententia ſibi abſolute reſeruauit, vllius temporis lapſu amitti poteſt, adeoque ad minimum *in conſcientia* quilibet obligatus erit, ad decimas pauperibus ſoluendas, adeo vt, ſi non fecerit, peccatum mortale committat, per confeſſionem et ſatisfactionem, quam in eo deſiderant, expiandum. Loquor enim hic non ex mea, ſed ex illorum, quorum perſonam tueor, ſententia. Vtrum vero haec obſeruatio inter eos praxin habeat, valde dubito.

§. XXXIII.

Digitized by Google

Deciſio huius quaeſtionis inter proteſtantes.

§. XXXIII. Inter proteſtantes forſan haec quaeſtio minus dubii haberet, ſi modo interpretes rationes rerum eccleſiaſticarum recte ſubducerent. KLOCKIVM argumenta canoniſtarum aſſumſiſſe, iam obſeruaui. Eadem repetit BERLICH. *P.* 2. *concl.* 4. *n.* 24. et immunitatem praeſcriptione obtineri non poſſe credit, quae ſententia anſam ſine dubio dedit, vt inter proteſtantes quoque quibusdam in locis *lege prouinciali* omnis prorſus obliterata et abolita ſit praeſcriptio. Haec omnia tolerabilia eſſent, ſi ad decimas *eccleſiaſticas*, parochis ſuppeditandas, reſtringerentur, ad quas rationes ex inſtituto diuino petitae quadrant: nunc vero id agere videntur, vt *ſecularibus decimis* idem ius ſcribant, et vaniſſimo rationum corraſarum ſtrepitu incautos capiant, ſuasque in partes trahant. Nolo de *ſecularibus* hic rurſus litem mouere, iam §. 29. ſopitam extinctamque. Eccleſiaſticas praeſcriptioni *extinctiuae*, vt Dd. loquuntur, omnino ſubiectas eſſe, rationes ſaepe adductae ſuadent permittuntque. Sunt patrimonium eccleſiae; in claſſem *iurium eccleſiaſticorum* referri debent, et ita quoque *non-vſu* amittuntur, et quidem quadraginta annorum, qui tantum *iura eccleſiaſtica* corrumpit. Ita cenſet, totus aliis principiis iuris canonici immerſus, CARPZOVIVS *P. II. C.* 2. *def.* 4. et cum eo RICHTER *P. I. deciſ.* 21. *n.* 50. Vtrumque ſequitur L. B. d. LYNCKER *deciſ.* 1168. Id tamen de illis decimis, quae exigi potuerunt, ſine dubio verum eſt: minime vero iis applicandum, quarum vſus rarior, vt ſaepe poſt quinquaginta vel plures annos caſus exiſtat, quo decima exigi potuit. In pecudum decimis id contingere poſſe, docet ſequens deciſio Facultatis iurid. huius academiae de Menſ. Mart. 1712. quam, quia praeſens thema illuſtrat, addere placuit. *Daß zuforderſt Bekl. der* fol. 174. *befindl. Urthel wegen der zuerkanten* legitimation *Folge zu leiſten ſchuldig, und erſcheinet in übrigen aus denen*

Acten

Digitized by Google

Acten und der Partheyen Vorbringen allenthalben ſo viel, daß der eingewanten Supplication *ohngeachtet es bey der am* 2. Mai. *publicirten und* fol. 174. *befindl. Urthel billig zu laſſen, es ſind auch Bekl. die* expenſas retardati proceſſus *nach vorgehender* Liquidation *und erfolgter Mäßigung klagenden Stiffte zu erſtatten ſchuldig V. R. W.*

Rationes decidendi.

Alſs das Adel Stifft Quernheim anfängl. gegen Uhtmöller in Lenningen wegen des Fohlenzehenden geklaget, und ihre Klage auf ihre Zehend-Regiſter gegründet, iſt fol. act. 48. *das Adel Stifft* in poſſeſſione vel quaſi *dieſes* quaeſt. *Zehenden geſchützet, Bekl. aber nebſt der zehnpflichtigen Gemeinde zu Lenningen angewieſen worden, daß ſie ihre Freyheit von dieſen* onere *beſſer beweiſen ſolle. Ob nun wohl Bekl. ſolchen Beweiß* fol. act. 49. *angetreten, Zeugen producirет, und dieſelbe* fol. 59. *abhören laſſen, hiernechſt aus deren Auſſage ſo viel zu erhellen ſcheinet, daß bey Entrichtung des Blut-Zehenden niemahls in Lenningen auch der Fohlen Zehenden gelieffert ſeyn ſolle, wie ſolches der erſte Zeuge Johann Meyer* rotunde *deponiret*

ad art. 1. 3. 5. 6. 10.

und noch ferner durch des andern Zeugen Henrich Harden Auſſage beſtärcket wird, da er deponiret, daß dem ged. Stifft ſolcher Fohlen Zehende nicht zuſtehe, er auch von 2. Stiffts-Dienern gehöret, daß die Fr. Abbatiſſin von Baar zu ihnen geſagt, daß in keinem Stifft-Regiſter zu befinden, ob ſolte das Stifft Fohlen zu nehmen berechtiget ſeyn,

ad interrog. gen. 5.

er auch niemahls gehöret hätte, daß der Fohlen Zehenden abgetragen wäre, ad art. prob. 3.

welchen auch der dritte Zeuge beytritt, und poſitiue *aus-ſaget, daß, ob er gleich ein 70. jähriger Mann und in dem Dorff Lenningern bekandt und erzogen ſey, er doch nie-mahls von dieſem* onere *etwas gehöret,*

ad art. prob. 1. 2. 3.

noch ihm wiſſend ſey, daß vor deſſen das Stifft ſolchen Zehenden jemahls gefordert, da doch vermuthl. in der Zeit ein Exempel müſſe vorkommen ſeyn, da das zehende Foh-len gefordert werden können, hieraus alſo ſo viel zu erhel-len ſcheinet, daß die Bekl. ihre Freyheit erwieſen, zumahl auch fauor libertatis *in Rechten nicht geringe iſt, und* in du-bio *vor dieſelbe geſprochen werden muß, überdem auch das klagende Stifft ſein Recht* per non vſum *verlohren haben würde, wenn demſelben vor dieſen der Fohlen Zehende zu-geſtanden, auch noch nicht ausgemachet ſey, daß unter dem Blut Zehenden der* quaeſt. *Zehenden mit begriffen ſey, wie aus den beygelegten Acten Hermann Höckers* contra *das Stifft Quernheim zu erſehen, in welchen* in eadem plane cau-ſa *gegen das Stifft erkandt worden.*

Weil aber dennoch die Gerechtigkeit den Fohlen Zehend zu ziehen ſo beſchaffen iſt, daß nach der producirten Zeu-gen Außage dieſelbe gar ſelten exerciret werden mag, auch die bey den Actis *befindl. Zehend-Regiſter zeigen, daß in der Dorffſchafft Lenninger gar ſelten Fohlen zugezogen und annotiret werden können, und* in ſpecie *bey Uthmöl-lern ſich befindet, daß biß* ad annum 1659. *es nicht höher als zu 4. Fohlen gebracht worden, und erſt* anno 1707. *das zehende Fohlen verfallen geweſen, und dahero wohl 60. biß 70. Jahr hingehen können, ehe einmahl der* caſus *exiſtiret, daß der Fohlen Zehend gezogen werden könne, alſo der* non vſus *daſelbſt nicht allegiret werden kan,* vbi occaſio agendi et ius ſuum exercendi non adfuit,

CARPZ. *P.* 2. *C.* 3. *def.* 23. RICHTER. *P.* 2. *deciſ.* 86. *n.* 4. VVLTEI. 1. *conſ. Marp.* 16. *n.* 70.

wie

wie denn auch, daſs in vielen Jahren kein caſus *exiſtiret, da dieſer Zehende gefordert werden können, aus dem Zehend-Regiſter deutl. zu erſehen, inzwiſchen dennoch das Stifft von Jahren zu Jahren bey einem jedweden Zehend-Pflichtigen die Fohlen annotiret, die* quaſi poſſeſſionem iuris ſui *dadurch* continuiret, *und dahero* praeſumtionem iuris maximam *vor ſich hat, welche durch der Zeugen Auſſage nicht* eneruiret *worden, als welche nur dieſes bekräfftiget, daſs die Zeugen nicht wüſten, daſs biſshero der Zehende eingetrieben worden, welches das Stifft Quernheim nicht in Abrede iſt, es auch darauf nicht ankommt, weil in* 50. 60. *oder mehr Jahren keine Gelegenheit vorgefallen, daſs ſie ihr Recht exerciren können, dahero, wenn Bekl. ihre Freyheit erweiſen wollen, ſie billig darauf articuliren müſſen, daſs der* caſus *exiſtiret, da das Stifft den Fohlen Zehenden exerciren können, ſolches gleichwohl unterlaſſen und darnach* 40. *Jahre verfloſſen geweſen, da nach denen Rechten ausgemachet iſt, daſs keine andere als* quadragenaria praeſcriptio *gegen die Stiffter als* corpora eccleſiaſtica *ſtatt finden könne, zu geſchweigen, daſs nach vieler* Dd. *Meynung* ad praeſcribendam libertatem ſola negligentia *nicht einſten gnung iſt, ſondern überdehm noch erfordert wird, daſs die Zehend-Pflichtigen den Fohlen Zehenden zu lieffern interpelliret worden, dieſe aber contradiciret, und das Stifft Quernheim dabey acquieſciret,*

Conſ. Argent. vol. 1. *conſ.* 9. *n.* 181. MATTH. COLER. *conſ.* 1. *n.* 274. GYLMAN *in Lymphar. tom.* 4. *p.* 1. *n.* 128. *ſo doch nicht erwieſen worden, wie denn auch das Vorgeben, als ob unter dem Fleiſch- und Blut-Zehenden der Fohlen Zehenden nicht begriffen ſey, um deswillen nicht gegründet iſt, da das Gegentheil aus der* reſolution de anno 1628. *ſo* fol. act. 146. *befindl. zu erſehen, auch* in vicinia *der Fohlen-Zehenden darunter mit begriffen wird, woraus eine*

Digitized by Google

ſtarcke praeſumtio iuris *denen bekanten Rechten nach erwächſet, und alſo um deſto mehr Bekl. ihre Freyheit erweiſen müſſen, ihnen auch nicht zu ſtatten kommen mag, daſs gleichwohl in Sachen Helckers gegen das Stifft auf die Freyheit erkannt worden, da allhier der* ſtatus controuerſiae *gantz anders formiret, und* per rem iudicatam *ausgemachet iſt, daſs das klagende Stifft* in quaſi poſſeſſione *des Fohlen-Zehenden ſey, welches daſelbſt nicht zu befinden, auch überdehm das Stifft* in contrarium *die* praeiudicia *wegen der Werbecker vor ſich hat, da* in ſimili cauſa et caſu *das Stifft obtiniret, ſo hat nicht anders als geſchehen erkannt werden mögen.*

Quae deſiderentur circa amiſſionem iuris decimarum,

§. XXXIV. Non ſine difficultate ergo euictum eſt, decimarum praeſtationem *non vſu* amitti poſſe. Sed mox nouos offendimus ſcopulos, circa ipſum *non-vſum* et *negligentiam* occurrentes. Equidem ſeruitutes aliaque iura non-vtendo ſimpliciter per conſtitutum tempus amittuntur, ſi vel maxime quis ignorauerit, ſibi tale ius competere. *l.* 19. §. 1. *D. ſervit. quemad. amitt.*

argumentum a ſeruitutis amiſſione.

Qui *ſcientiam* et *patientiam* eius, cui ſervitus competit, deſiderant, aliquid a iuris ratione alienum poſtulant, obſeruante HARPRECHTO *de praeſcript. immun. a coll. c.* 2. §. 11. Solus non vſus eius, qui occaſione vtendi non fuit deſtitutus, ad amittendum ius reale ſufficit. Nec *bonae fidei* defectus hic allegari poteſt, quod haec in praeſcriptione *acquiſitiua*, non item *exſtinctiua* ſit neceſſaria, etiam ſecundum ius canonicum. B. STRYCK. *de non vſ. iur. quaeſ. C. III. n.* 64. *ſqq.* Supponit, etiam de *iure canonico*, bona fides *poſſeſſionem rei alienae*, quam quis acquirere intendit. Hic agitur de *amittendo iure*, alteri competente, quod propria negligentia et culpa alter amittit, et *per indirectum* tantum libertatem ei, cui hoc ius oneri erat, tribuit. Imo concipi nequit, qua ratione alter in *mala fide* eſſe queat. Vſus iuris in libero poſitus eſt arbitrio illius, cui id debetur: alter tantum ad *patien-*

tiam

Digitized by Google

tiam tenetur. Si vſus intermittitur, ad hunc neglectum nihil confert is, qui *per indirectum* immunitatem ita acquirit. Neque enim interpellare eum debuit de vſu continuando, multo minus libertatis quoddam edere argumentum. MEV. *p. 9. deciſ.* 164. L. B. de LYNCKER *reſp.* 65. *n.* 58. ROCCA *ſelect. iur. diſp. c.* 48. *n.* 10.

§. XXXV. Haec in *theſi* et vbi agitur de ſeruitute in *patiendo* conſiſtente, amittenda, vera ſunt et plana: impeditiora in *hypotheſi* et applicatione ad ius decimarum amittendum. Hoc licet fundo inhaereat, non tamen natura eius in *patiendo* conſiſtit: poſſeſſores agrorum hic aliquid *praeſtare* et *facere* tenentur, et ita magis eſt inſtar ſeruitutis in *faciendo* conſiſtentis, quae a moribus Germaniae et iuris canonici rationibus non eſt aliena. Simile quid occurrit in *l. f.* §. 1. *D. de contrab. emt. vendit.* vbi certa quantitas de fundo quotannis praeſtanda promittebatur, et licet de iure Romano *ſeruitutis* figuram non haberet, hodie tamen id facilius conſtitui poſſe, quis vnquam in dubium vocabit? Ipſum *ius decimarum* id probat. Quid enim aliud eſt, quam ius fundo inhaerens, vi cuius poſſeſſor quilibet ad praeſtandam quotannis certam quantitatem obſtringitur? At vero tale ius ſolo alterius *non-vſu* forſan interire non poterit, vt ſeruitus in *patiendo* conſiſtens. Sciuit poſſeſſor, ſe ad praeſtandas decimas quotannis teneri, et haec *ſcientia* malam fidem inducere videtur, qua omnis omnino impeditur praeſcriptio. Id vrget, id ponit KLOCK. *vol. IV. conſ.* 1. *n.* 321. et *ſciuerunt*, ait, *omnes incolae et poſſeſſores bonorum controuerſorum ante inceptam hanc praeſcriptionem, decimas Dei eſſe atque ſub grauiſſimis poenis deberi. Ex ſcientia vero rei alienae vel alteri debitae mala fides demonſtratur.* Pergit, et *in mala fide*, imo *dolo eos eſſe*, ait, *qui ſeruitutem hanc decimarum excutere tentant.* Dicis forſan, in culpa eſt is, cui debentur decimae, quod eas haud exegerit: illius neglectus ſufficit ad ius hoc

In decimis ſpecialis ratio, quae ius in faciendo conſiſtens ſupponunt.

An tale ius ſolo non vſu amitti queat?

Id negant communiter ob defectum bonae fidei.

Digitized by Google

amittendum; mox in promtu habet KLOCK. *all. l. n.* 465. hanc reſponſionem: *nec ab hac mala fide excuſat omiſſa canonicorum exactio, quia primo non remiſſionem ea negligentia in futurum operatur. Secundo, decimae etiam non petitae debentur per c. 7. X. de decimis. Si ergo ſtatim collectis fructibus debentur, ipſe dies collectionis interpellat pro homine, et debitores in mora ac mala fide conſtituit, et facit, quod Deus offerri decimas iubeat. Ergo ſponte et absque monitione debentur.* Addit, etiam non monitos, ſi ſolutionem differant, peccare; qui autem peccat in omiſſione, nullo poteſt tempore libertatem ſibi acquirere, ſaltim ex mente iuris canonici. *c. f. X. de praeſcript.* Mediam cum aliis viam tueri videtur B. HARPRECHTVS *all. l. c.* 2. §. 57. quod quidem *bona fides* hic requiratur; (is enim, qui praeſcribit, credere debet, ius ſibi competere) non tamen probanda ſit, ſed ex lapſu tanti temporis praeſumi debeat, etiam de iure canonico; quod temperamentum tamen non adeo a priori ſententia recedit, cum *mala fides* regulariter ab allegante probanda ſit.

Deciſio. §. XXXVI. Qui ita philoſophantur, praeſcriptionem, qua ius in re aliena *acquiritur*, temere trahunt ad eam, qua ius alienum in re mea *extinguitur* per *non-vſum.* Facilius ius alienum in re mea *extinguitur*, quam ius in re aliena *acquiritur.* Idem forſan hic allegari poſſet, quod Dn. PRAES. *in iur. eccl.* ad *tit. de praeſcript.* §. 56. *ſeq.* de praeſcriptione *actionum perſonalium* adduxit, hac tamen differentia occurrente, quod in illis quis ad praeſtandum teneatur ex *obligatione*, hic ex *iure in re*; neutribi vero *rei alienae* poſſeſſio, circa quam proprie *bona* vel *mala fides* verſatur, deprehendatur. Qui ſcit ſe quotannis praeſtare debere *vſuras* vel *decimas*, non eſt in mala fide, niſi interpellatus non ſoluat. Non *abſolute* tenetur ſoluere, qui haud interpellatus eſt. Quod in *decimis* interpretes diuerſum conſtituant, prout Dn. PRAESES in *iure Paroch. ſect. VII. c.* 1. §. 18. obſeruauit, id ex eo inprimis

Digitized by Google

mis fluit principio, quod etiam in nouo teſtamento Deo debeantur. Id vero ad decimas ſeculares non pertinet; imo ne quidem ad *eccleſiaſticas*, quae *parochis* hodie magis debentur iure *poſitiuo*, quam *diuino*. Denique argumentum ex *c.* 7. *X. de decim.* et quidem ex particula *ſtatim* non tam ſtringens eſt, vt ei tuto inſiſtendum ſit. Mores circa decimarum praeſtationem adeo variant, vt hi, qui non ſoluunt decimas, aut non ſponte offerunt, facile a mala fide ſe purgare queant. In plurimis locis iam dudum in deſuetudinem abierunt: alibi de certis tantum praeſtantur rebus: in *modo* quoque praeſtandi eſt diuerſitas. Breuiter: ſola ſcientia, quod quis debeat decimas, malam fidem non operatur, ſi non fuerint exactae; remiſſae cenſentur neglectae: non vſus iuris alicuius facile ingenerat opinionem aliis, ſe liberatos eſſe vinculo, quod admodum eos grauabat. Et quis cum KLOCKIO exiſtimauerit, ignorantiam iuris hic nullo modo eſſe excuſabilem? Credidit eſſe certi iuris, de quo adhuc peritiores diſceptant et digladiantur. Iuris diuini id hodie eſſe dicit, quod pauciores admittunt, et tamen malae fidei eos arguit, qui non ſoluunt decimas, quas ex *iure diuino* ſine omni haeſitatione deriuandas eſſe iudicat. In ſubſidium vltimo loco aduoco ALEXANDRVM III. in *c.* 4. *X. de praeſcript.* qui quartam decimarum et oblationum quadragenaria praeſcriptione amitti poſſe ſimpliciter ſtatuit; non facta mentione bonae fidei, quam nimis intempeſtiue in his, qui libertatem *per indirectum* ſibi inde acquirunt, requirunt interpretes.

§. XXXVII. Verum ne ſic quidem in tuto collocauimus loco immunitatem a decimis lapſu temporis acquiſitam. Plurimi enim contendunt, hanc immunitatis poſſeſſionem demum acquiri petitione decimarum a parte eius, cui ius decimarum debetur, et accedente contradictione ſeu denegatione eius, qui decimis obnoxia praedia poſſidet. In praeſcriptione immunitatis a collectis id etiam deſiderari a plu-

An in hac praeſcriptione requiratur exactio decimarum et ſubſecuta contradictio?

plurimis, obſeruat HARPRECHT *de praeſcript. immun. a collect. c. II.* §. 16. In decimis ſpeciatim id vrget deſideratque CASPAR KLOCK. *vol. IV. conſ. I. n.* 331. *ſeqq.* et argumentum a *iuribus negatiuis* eorumque praeſcriptione deducit. Quam incongrue vero id fiat, facile apparebit, ſi modo in animum reuocauerimus, hic non de *acquirendo iure negatiuo* agi, ſed de *amiſſione iuris decimarum* per non-vſum quaeſtionem eſſe. Hanc differentiam hic obſeruandam eſſe, recte cenſuit HIERONYMVS ROCCA *diſp. iur. ſelect. c.* 84. *n.* 14. *et* 15. et hunc actum contradictorium cum acquieſcentia alterius coniunctum tunc neceſſarium eſſe docet, *quando quis mediante praeſcriptione vult acquirere ius nouum: ſecus tamen*, pergit, *quando vtitur praeſcriptione ad extinguendum ius alteri competens, et ad ſe defendendum contra alterius actionem: tunc enim praeſcriptio perficitur ex ſolo curſu temporis et negligentia non petentis abſque aliqua poſſeſſione, in qua quis conſtituitur, quando interpellatus contradicit, cum alias nunquam praeſcriberetur contra actionem.* Ex eo videlicet omnis errandi occaſio nata fuiſſe videtur, quod *in c.* 3. *de R. I. in* 6. traditum fuiſſe legerint, ſine *poſſeſſione* praeſcriptionem non procedere, quae regula tamen manifeſte de *praeſcriptione acquiſitiua* intelligenda eſt, non de ea, qua ius non vſu amittitur. Vtut enim ſimul alteri immunitas acquiratur ab onere, id tamen fit magis *per indirectum*, adeoque hac praeſcriptione non tam ius *acquiritur*, quam ius acquiſitum *extinguitur*.

EXER-

EXERCITATIO LXXXVII.

AD LIB. XLII. PAND. TIT. I.

DE

SENTENTIIS IN REM IVDICATAM NON TRANSEVNTIBVS.

ARGVMENTVM.

I. II. Ratio et vis auctoritatis rei iudicatae. III. Eius effectus. IV. Exceptio de ſententiis in rem iudicatam non tranſeuntibus. V. Quales ſunt interlocutoriae. VI. VII. Interlocutionum et ſententiarum diſcrimen. VIII. Ab illis nulla appellatio. IX. An interlocutiones vim definitiuae habentes, in rem iudicatam abeant? X. Sententia iuris Theodoſiani, XI. et Iuſtinianei. XII. XIII. XIV. Iuris Canonici diſpoſitio. XV. Vſus fori. Decreta ſimplicia non tranſeunt in rem iudicatam, XVI. bene tamen decreta, cauſſa cognita lata. XVII. An ſententiae merae, quae a mixta pendent? XVIII. Non rationes decidendi. XIX. nec ſententiae prouiſionales. XX. nec ſententiae interlocutoriae arbitri. XXI. De vi laudi arbitrorum. XXII. Diſpoſitio Iuſtiniani. XXIII. XXIV. An interlocutoriae mixtae arbitri vim iudicati habeant? XXV. Eam non habent deciſiones Superintendentium. XXVI. Nec decreta collegiorum opificum. XXVII. XXVIII. Habent omnino ſententiae ex conſilio ICt. promulgatae. XXIX. non vero iudicia artificum. XXX. ex eorum iudicio lata ſententia in iudicatum abit. XXXI. Non tranſeunt in iudicatum ſententiae nullae. XXXII. contra rem iudicatam latae. XXXIII.

Digitized by Google

An ſententia ex iuramento neceſſario lata? XXXIV. *Nec ſententia ex falſa cauſſa lata.* XXXV. *An merae abſolutoriae?* XXXVI. *An ſententia in rem iudicatam tranſeat in re beneficiali?* XXXVII. *pro matrimonio lata?* XXXVIII *vel contra matrimonium lata?* XXXIX. *an contra ſponſalia lata?* XL. *an in criminalibus?*

§. I.

Cur auctoritas rei iudicatae introducta ſit.

Sicuti omnino intereſt reipubl. vt lites ciuium citiſſime ſopiantur, *nec immortales fiant, vitaeque hominum modum excedant*, vt dicitur in *l. properandum.* 13. *C. de iudiciis*, ita neceſſe eſt, vt ſententiae latae tandem auctoritatem ſuam perpetuam ſtabilemque obtineant, vt amplius impugnari nequeant. Hac de cauſa fatale decennii prudenter conſtituerunt legislatores, intra quod auctoritas ſententiarum adhuc ſuſpenderetur, et ab eo, qui ſe grauatum exiſtimat, remediis ſuſpenſiuis impugnari poſſet, intra quod qui iure ſuo vſus non eſſet, inpoſterum penitus excluderetur, nec amplius audiretur. *l.* 1. *C. de re iud. l.* 14. *l.* 42. *l.* 55. *l.* 62. *ff. de re iud. t. t. ſent. reſcindi non poſſe.* Proinde poſt lapſum decennii ſententia dicitur *in rem iudicatam tranſire*, quae finem liti prorſus imponit, adeo vt praeciſe eidem ſtandum ſit.

In quo haec conſiſtat ex ſententia iuris canonici.

§. II. Huc reſpexit pontifex in *c.* 13. *X. de re iudic.* aſſerens, (1) ſententiam, poſtquam in rem indicatam tranſiit, inter litigantes ipſos ius facere, *etiamſi contra ius litigatoris lata*, h. e. ſi vel maxime in applicatione iuris ad factum magnopere erratum, adeoque *iniqua* dicenda fuiſſet, *l. pen. ff. de I. et I.* ne alioquin modus litium multiplicatus ſummam atque inexplicabilem faciat difficultatem, vt ait PAVLVS in *l.* 6. *ff. de except. rei iudic.* Addit pontifex, (2) ſententiam, poſtquam in rem iudicatam tranſiit, praeſumi

ſumi bene prolatam quoad iuſtitiam et merita cauſae, quae praeſumtio tanti roboris eſt, vt non admittat probationem in contrarium, adeoque reuera ſit *iuris* et *de iure*. Imo (3) in *c.* 15. *eod.* etiam hanc vrget rationem, quod, *cum poſt decem dierum ſpatium ſententia in auctoritatem rei iudicatae tranſeat, qui ad prouocationis ſubſidium infra id temporis non recurrit, appellandi ſibi aditum denegauerit, et per hoc videatur per interpretationem iuris latae ſententiae paruiſſe.*

§. III. Effectus igitur huius auctoritatis rei iudicatae eſt, quod ſententia in poſterum nullo modo *regulariter* retractari queat, ne quidem ſub praetextu Reſcripti obtenti, quod cum contra ius impetratum eſt, ſub-et obreptitium dicendum eſt. Bene CICERO in *orat. pro Sylla: Status reipubl. ſeu publica reipublicae ſalus maxime rebus iudicatis continetur:* quo poſito in orat. pro *A Cluentio p. m.* 364. *impudentia eſſe putat, rem iudicatam labefactare conari*, et *lib. in Verrem p. m.* 262. *lit. e.* inter exitiales exitus perditarum ciuitatum refert, ſi res iudiciales reſcindantur. Fingunt quidam *plenitudinem poteſtatis* in principe, eaque abutuntur ad iudicata reſcindenda, ſed haec plenitudo magis *vis* quam *ius*, magis *potentia*, cui reſiſti nequit, quam *legitima poteſtas* dicenda eſt, et ita merito reprobatur. Ceterum hoc facile largior, ſicuti intuitu *vtilitatis publicae* auctoritas publica rebus iudicatis conciliata eſt, ita eadem ratio quoque facit, vt *vtilitatis publicae* gratia iudicata reſcindi queant, ceu ex inſtrumento pacis *art. V.* §. 2. 25. 33. apparet. ***Auctoritas rei iudicatae irretractabilis.***

§. IV. Haec vero ſicuti regulariter obtinent, ita, cum variae ſint negotiorum humanorum rationes, non adeo mirandum eſt, dari quasdam in foris externis cauſas ſententiasque, quae in rem iudicatam haud tranſeunt, quae inſtar exceptionum a regula ſunt, interim mirifice ipſam illuſtrant ***Quaedam tamen cauſae plane non transeunt in rem iudicatam.***

luſtrant regulam. Proinde animus eſt, cauſas has, vim rei iudicatae haud habentes, hac diſſertatione illuſtrandi et examinandi, vt his excuſſis, eo rectius conſtare poſſit de vero ſenſu regulae: *ſententias, elapſo decennio, tranſire in rem iudicatam, vt nullo amplius modo reuolui queant.*

Huc (1) referunt ſententias interlocutorias.

§. V. Sicuti itaque vim iudicatae rei primario tribuere ſolent ſententiis *iudicum definitiuis, in cauſis ciuilibus, vtilitatem priuatam concernentibus*, latis, ita eandem vim (1) denegare ſolent ſententiis interlocutoriis, mandatis, decretis, aliisque reſolutionibus *per l. quod iuſſit.* 14. *D. de re iudic. c. ceſſante.* 60. *de appell. t. t. C. commin. epiſtol. ſub ſcript. epigramm. vim rei iudicatae non habere.* Idque inde colligunt, quod vox *ſententiae* primario et κατ' ἐξοχὴν in iure Romano praedicetur de *definitiua*, quae totam litem finit, e contrario, quae decernantur de punctis incidentibus in exordio et medio litis, ſeu in genere ante definitiuam ſententiam, *interlocutiones* magis dicantur, quod liquidum eſt ex *l. 3. §. 1. de offic. praef. vigil. l. 17. C. ex quib. cauſ. infam. l. 19. C. eod. l. 2. D. de appell. recip.* quorſum etiam collimat rubrica codicis: *de ſententiis et interlocutionibus.* Cum ergo *ſententiae* in rem iudicatam tranſire dicuntur, hoc non de *interlocutionibus*, ſed de *ſententiis ſtricte dictis* h. e. definitiuis intelligendum eſſe videtur.

Quod ſecundum ius ciuile examinatur.

§. VI. Sed haec ſententia prouidentia multa indiget, ne a veritatis via aberretur, adeoque primo ſententiam *iuris ciuilis* hac de doctrina proferam, ſubinde *iuris canonici* ſcita ſubiungam, et tandem *praxin* quoque addam. Quod ad ius ciuile attinet, conſtat, vocem *interlocutionis* generalem eſſe, vt quaecunque decreta, iuſſus, mandata, aliaque ad exordium, medium et directionem proceſſus pertinentia complectatur, vsque ad ſententiam definitiuam. Neque enim proceſſus illo tempore eo modo inſtructus erat, vti quidem hodie, quo ſaepiſſime, quando punctum quoddam

incidens

Digitized by Google

incidens emergit, partes admittuntur ad diſcuſſionem eius, qua facta et cauſa cognita, ſententia peculiariter de eo fertur; quin potius ſicuti puncta *incidentia* cauſam principalem non tangebant, ita ſine vllo litium ſuſſlamine praetor vel iudex pedaneus *decernebat*, vel *iubebat* aliquid fieri vel non fieri, quod ipſum vim *rei iudicatae* habere haud poterat. Dicebatur enim *res iudicata* iuxta definitionem MODESTINI in *l.* 1. *D. de re iudic. quae finem controuerſiarum pronunciatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel abſolutione contingit*, quae definitio vnice ſententiis definitiuis applicari poteſt. Et haec *vis iudicati* non tantum obtinebat, ſi iudex pedaneus, more ſolito, ſententiam dicebat, ſed etiam ſi praetor extra ordinem cognoſceret, et *cauſa ſatis cognita*, decretum interponeret, quippe quod etiam litem finiebat, vnde in *l.* 2. *D. de re iudic.* dicitur, quod is, qui pro tribunali cognoſcit, non ſemper *iudicati tempora* ſeruare ſoleat, ſed eadem arctare, nonnunquam prorogare queat, quo ipſo indigitatur, *Decretum* hoc praetoris vim *rei iudicatae* habuiſſe. Pariter in *l.* 7. §. 2. *D. de minor.* hic caſus occurrit: *quid tamen, ſi praetor* DECERNAT, *ſoluendam pecuniam minori ſine curatoribus et ſoluerit, an poſſit eſſe ſecurus, dubitari poteſt? Puto autem ſi allegans minorem eſſe, compulſus ſit ad ſolutionem, nihil ei imputandum, niſi forte aduerſus iniuriam* (grauamen) *appellandum quis ei putet.* Cum ergo appellatio hoc caſu admittitur, decretum praetoris vim iudicati obtinebit. Denique clarius ex *l.* 65. §. 2. *ff. ad SCt. Trebell.* hoc euincitur, vbi ita ICtus: *cum praetor* COGNITA CAVSA *per errorem, vel etiam ambitioſe iuberet hereditatem, vt ex fideicommiſſo reſtitui, etiam publice intereſt, reſtitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem.*

Quo tantum definitiuavim iudicati accipiebat.

Vt et decreta praetorum.

§. VII. Quae cum ita ſint, expeditum exploratumque eſt, in *l.* 14. *D. de re iudic.* non agi de *iuſſu* et *prohibitione* praetoris ſeu *decreto*, quod cauſam finit, ſed potius de tali,

Illuſtratur hoc ex l. 14. de re iudic.

Digitized by Google

tali, quod, cauſa non ſatis cognita, per modum *interlocutionis* latum eſt, quod contrario imperio tollere et repetere licet, cum in rem iudicatam haud tranſeat, quo intuitu etiam *ſententiae*, quae cauſam finit, in *cit. l.* opponitur. Ratio, quod huiusmodi *interlocutiones* in rem iudicatam non tranſirent, antea quidem iam adducta eſt, ſed tamen etiam ex legibus Romanis illuſtranda. Generatim in *l.* 5. *C. comminat. epiſt. program.* dicitur, iudicem partium allegationes audire et examinare debere: adeoque quicquid ſine hoc examine decretum, vim rei iudicatae habere non poſſe decernit GORDIANVS, cum *magno conflictu* ſententia ferenda ſit iuxta *l.* 7. *C. eod.* Hoc intuitu in *l.* 7. *C. de ſentent. et interloc.* notanter dicitur, *non omnis vox iudicis iudicati continet auctoritatem, cum poteſtatem ſententiae certis finibus* (certa et plena cauſae cognitione, auditisque litigantibus) *concludi ſaepe conſtitutum ſit, quapropter ſe nihil cauſa cognita ſecundum iuris rationem tuam pronunciatum eſt, vox pacifci ſuadentis praeſidis actionem perimere, ſi quam habuiſti, minime potuit.* Similiter in *l.* 9. *in f. C. eod.* dicitur: *nullam cauſam interlocutiones plerumque perimunt.* Inde apparet, interlocutiones regulariter latas fuiſſe, cauſa non ſatis cognita, nec altero audito, adeoque vim *ſententiae* habere non potuiſſe.

Aliisque textibus.

Inde nec ab interlocutionibus appellabatur.

§. VIII. Atque haec ratio erat, quod etiam ab interlocutionibus haud locus daretur appellationi. Conſtat enim ex *l.* 16. *C. de. iudic.* quod *poſt litem conteſtatam appellari non poſſit, ante definitiuam ſententiam*, cum tamen ante illam interlocutiones interponantur. In *l.* 65. *C. Theod. de appellat.* diſertis verbis dicitur, *ab interlocutionibus appellandum non eſſe*, leges duxiſſe. Huius rei ratio haec additur in *l.* 3. *C. Theod. quar. appell. quod illis, qui impatientes ab articulo appellandum putauerint, poſt cognitionem totius cauſae liceat appellare*, quo ipſo ſupponitur, articu-

Digitized by Google

ticulos incidentes vim rei iudicatae haud habere, ſed eosdem reuolui poſſe, vbi ab *integra cauſa*, per ſententiam finita, appellatur. Et quem denique magis hic teſtem citabo quam ipſum IVSTINIANVM, qui in *l.* 3. *C. de appellat.* omnem nobis eximit dubitandi rationem, et, *oportet*, ait, *poſt omnem litem finitam tunc appellationem reddi. Neque enim laeditur quis, ſi interea facta fuerit interlocutio, quae illi deneget ius competens i. e. vel tertiam productionem, vel relectionem inſtrumenti, poteſt enim in appellatione omnia denudare ſeu exercere, ne contra medii temporis interlocutionem data appellatione mora iniiciatur dilationibus, ſaepe in eadem cauſa data appellatione et examinata iterum alio capitulo ventilato, et iterum contra etiam ipſum porrecta appellatione.* Eſt quidem haec lex reſtituta a CVIACIO, *lib. XII. Obſ.* 3. ſed tamen ipſius IVSTINIANI, cum ad eam ſe referat in *l.* 16. *C. de iudic.* vt argumentum inde deductum robore ſuo non deſtituatur. Docet vero hic textus: (I) neminem laedi per interlocutiones, quibus articuli incidentes determinantur, et ſic non tranſire in rem iudicatam: (II) denegari ab iis appellationes, ne alioquin hae multiplicentur: (III) poſſe lite finita et appellatione interpoſita has demum reuolui, quod fieri haud poſſet, ſi interlocutiones in rem iudicatam tranſiiſſent. conf. *l.* 7. *C. quar. appell. non recip. l.* 2. *D. de appell. recip. l.* 2. *C. de epiſc. aud.* Ex hoc porro inferunt, ex interlocutionibus nec actionem nec exceptionem rei iudicatae naſci, HVBER *de re iudic.* §. 13. nec eas ſtipulationis vim habere, *l.* 1. *C. commin. epiſt. program.* nec proprie *ſententias* eſſe.

Sed in appellatione a tota cauſa articuli incidentes reformari poterant.

§. IX. Equidem communiter excipiunt ſententias interlocutorias, quae *vim definitiuae* habent, putantque, easdem in rem iudicatam tranſiiſſe. Hoc certum eſt, olim de iis facultatem appellandi conceſſam fuiſſe, prout patet ex *l.* 39. *D. de minor.* in qua caſus hic occurrit. Minores intra

Excipiunt interlocutorias vim definitiuam habentes.

tra

tra quadriennium petierant reſtitutionem in integrum. Dubitabatur, vtrum tempore negotii geſti adhuc minores fuerint, et ita aetas docenda erat. Dicta eſt *pro aetate* ſententia, quae quamuis interlocutoria eſſet, vim tamen definitiuae habebat, cum ex ea dependeret deciſio quaeſtionis principalis, vtrum reſtitutio eſſet decernenda. Appellarunt aduerſarii ad imperatorem, *et praeſes in euentum appellationis cetera cognitionis diſtulit*, vt dicitur in *cit. l.* vnde conſtat, cognitionem praetoris haud abſolutam fuiſſe, cum adhuc laeſio eſſet probanda. Quaeſtio igitur enaſcitur, vtrum talis interlocutio, *vim definitiuae* habens, olim in rem iudicatam tranſierit, vt in appellatione a *ſententia definitiua* retractari et reuolui amplius haud potuerit? Id quidem dubium videtur, cum non ſemper appellationis conceſſio indicium ſit, decretum ſine hac in rem iudicatam tranſiiſſe. Poterat etiam de iure ciuili appellari a grauamine, quod inſigne damnum in ſe contineret *l. 2. C. ſi pendent. appell. l. 2. D. de appell. recip. l. 18. C. Theod. quar. appell. non recip.* non quod in rem iudicatam tranſiret poſt decennium, ſed quod metuendum eſſet inſigne et irreparabile damnum, quod auertendum erat. Vnde etiam nullibi dicitur, quod huiusmodi articuli incidentes in appellatione poſt definitivam ſententiam reparari nullo modo potuerint, quin potius ex ante dictis conſtat, eos reparari potuiſſe.

Quod illuſtratur ex codice Theodoſiano.

§. X. Sed ſcrupulum hunc exemit GRATIANVS in *l.* 37. *C. Theod. de appell.* vbi ita: *cum praeſcriptionibus peremtoriis agitatur examen, ſi eas praeſcriptiones iudex, vt leues putauerit improbandas et ab eius interlocutione fuerit appellatum, prouocatio huiusmodi recipiatur.* Olim enim cum exceptiones peremtoriae intentioni actoris opponebantur, ſeorſim diſcutiebatur, vtrum eſſent admittendae nec ne? Quodſi iudex eas reiiciebat, locus erat appellationi, quia vt dicitur in *cit. l. peremtoria praeſcriptio et definitiua* ſen-

ſententia EADEM VI *vel conſumtae cauſae vel non admittendae videtur operari.* Si ergo talis interlocutio eandem cum definitiua vim habet, eodem modo quoque in rem iudicatam tranſire debuit, ad quam impediendam potiſſimum excogitatae ſunt appellationes. In eandem ſententiam diſponunt *l.* 23. *et l.* 34. *C. Theod. quar. appell. non recip.* et ſpeciatim *l.* 18. *C. Theod. eod.* quae quatuor refert caſus, in quibus ante definitiuam ſententiam appellari potuit: (1) ſi in foro incompetenti lis coepta ſit: (2) ſi exceptio peremtoria repulſa: (3) ſi locus ad agendum poſtulatus et hic iniquitate iudicis denegatus ſit: (4) ſi dilatio, inſtrumentorum teſtiumque cauſa, poſtulatur, eaque a iudice denegatur.

§. XI. Verum hoc rurſus paulatim in deſuetudinem abiiſſe videtur, maxime tempore IVSTINIANI. Conſtat enim ex ſupra *cit. l.* 36. *C. de appell.* exceptiones peremtorias non amplius ſeorſim ita diſcuſſas fuiſſe, vti olim, imo ſi vel maxime per interlocutionem grauamen aliquod illatum fuerit, illam tamen vires *rei iudicatae* non habuiſſe, ſed potuiſſe ea omnia rurſus *in appellatione* poſt ſententiam definitiuam reuolui, et de nouo ſub examen reuocari. Et hoc eo minus mirandum eſt, cum iuris Romani prudentia ſub caeſaribus variam experta ſit fortunam, et, quae antiquitus conſtituta fuerunt, ob nimiam legum copiam, incertitudinem iurium, ex tot ICtorum ſectis enatam, et barbariem ſeculi, quae IVSTINIANI temporibus floruit, in alienum tracta ſunt ſenſum, vt contradictiones iurium in magna copia occurrerent. Atque haec forſan fuit ratio, quod TRIBONIANVS plures leges ex Codice Theodoſiano huc facientes, vel omiſerit, vel correxerit et mutilauerit, vti conſtat ex *l.* 5. *C. quor. appell. non recip.* quae deſumta eſt ex *l.* 25. *C. Theod. eod. tit.* in qua tamen TRIBONIANVS omiſit illa verba: *ex his duntaxat cauſis, ex quibus recipi iuſſi-*

A Iuſtiniano tamen rurſus correctum eſt.

mus prouocationem. Cum enim hae exceptiones a praxi eius temporis receſſiſſent, eas omittendas eſſe cenſuit TRIBONIANVS, voluitque, nullas in poſterum ab interlocutione recipiendas eſſe appellationes, easque in rem iudicatam tranſire non poſſe.

Ius canonicum admiſit appellationes a quauis interlocutoria.

§. XII. Haec fuere fata iuris ciuilis in hac materia. Sed iuris Canonici diſpoſitio hac de doctrina non minori gaudet ambiguitate, cum pontifices Romani, ſubſidiis legitimae ſcientiae deſtituti, in plurimis receſſerint a iure ciuili, in nonnullis autem ius Romanum retinuerint, vt doctrina eorum cohaerere haud videatur. Appellationis materiam adeo dilatarunt, vt *a quouis grauamine*, ſimplici etiam interlocutoria illato, eam indulſerint, et tamen *iudici* facultatem conceſſerint, eam non obſtante appellatione *reuocandi*, quod indicium praebet, nec hoc iure interlocutorias *ſimpliciter* in rem iudicatam tranſiiſſe. Sic enim appellationem concedunt, ſi iudex in citatione terminum nimis brevem et peremtorium ſtatuit, *c.* 1. *X. de dilat.* quale decretum tamen vim ſententiae, quae in rem iudicatam tranſire queat, non habet. Quin generaliter in *c.* 12. *X. de appell.* dicitur: *Sacri canones et ante et poſt litem conteſtatam et in prolatione ſententiae, et poſt ſententiam, ſingulis facultatem appellandi concedunt*; poſt pauca additur: *leges ſeculares appellationem (niſi in caſibus) ante ſententiam non admittunt.* Proinde etiam determinat pontifex in *c.* 1. *de appell. in* 6. quomodo in appellatione ab interlocutoria procedendum ſit, et in *clem.* 5. *eod.* illud plenius declarat. Equidem GONZALEZ TELLEZ *ad cit. c.* 29. *n.* 9. hanc inter ius ciuile et Canonicum diſparitatis rationem eſſe ſtatuit, quod ius ciuile tantum ſalutis publicae rationem habuerit, ne respubl. litibus repleretur, ius vero pontificium ad ſalutem animarum reſpexerit, et peccato iudicis grauantis occurrere voluerit, quae ratio tamen ficulnea eſt, fundata in aequi-

Cuius rationes euoluuntur.

Digitized by Google

aequitate cerebrina. Quin potius dicendum eſt, eo conſilio laxatam eſſe facultatem appellandi, vt eo vberior copia appellationum Romam traheretur, quae mirifice pontificis autoritatem confirmarunt.

§. XIII. Inde tamen minime inferri poteſt, interlocutorias in rem iudicatam tranſiiſſe, vt patet ex *c.* 60. *X. de appell.* vbi *retractatio interlocutoriae* etiam poſt appellationem interpoſitam, et ſic poſt decendium etiam, iudici permittitur his verbis: *cum ceſſante cauſa ceſſet effectus, ſtatuimus, vt ſiue iudex ordinarius, ſiue delegatus aliquid comminando vel interloquendo protulerit, quo executionis mandato alter litigantium grauaretur, et ſano vſus conſilio, ab huiusmodi interlocutionis conſilio vel comminationis effectu deſtiterit, libere in cauſae cognitione procedat, non obſtante, ſi a tali comminatione vel interlocutione fuerit appellatum.* Idem euincitur ex *c.* 10. *de appell. in* 6. vbi dicitur, quod iudex, a cuius ſententia interlocutoria appellatum eſt, poſſit citare appellantem ad audiendam reuocationem, et *ſi in termino praefixo grauamen reus cauerit cum effectu, poſſit extunc libere in cauſa procedere, ac ſi appellatio interpoſita non fuiſſet.* Denique in *c.* 12. *eod.* BONIFACIVS VIII. clarius mentem ſuam proponit dicitque, interlocutorias, licet vel maxime vim definitiuae habuerint, in rem iudicatam non tranſire. Ita enim cenſet: *Licet ab interlocutoria (per quam parti vel praeſcriptionis vel alii principali negotio praeiudicans,* quae vim definitiuae habet, *vel iudicium nullum reddens, exceptio eſt repulſa) non fuerit appellatum: ſi tamen a definitiua, (quae poſtmodum, etiam poſt decendium,* ſcilicet a tempore latae ſententiae interlocutoriae, *promulgatur) appellari contingat, poteſt in appellationis cauſa ipſum grauamen per interlocutoriam eandem illatum licite per appellationis iudicem emendari.* Ex quo neceſſario fluit, easdem de iure Canonico vim rei iudicatae

Interim tamen vim rei iudicatae haud adſcripſerunt interlocutoriis.

 haud

Digitized by Google

haud habere, quia alioquin in inſtantia appellationis iudex ſuperior easdem reformare haud potuiſſet. De aliis interlocutoriis, *quae non parant praeiudicium negotio principali vel iudicium nullum reddunt*, et ita *ſimplices* ſeu *merae* ſunt, ſecus ſtatuit pontifex, non quod in iudicatam tranſierint, cum etiam has iudex inferior reuocare potuerit, ſed quod cauſam principalem non adeo tangant, adeoque nec tale grauamen contineant, quod emendationem, cauſa iam ſatis diſcuſſa, contineat. Sic itaque appellatio conceditur ab interlocutoria de iure canonico, nec tamen ea tranſit in rem iudicatam, ſi vel maxime vim definitiuae habeat, ad quam auertendam potiſſimum appellatio inuenta eſt, quae non ſatis cohaerent.

§. XIV. Tria ergo ex hactenus dictis apparent: (I) a quauis interlocutoria de iure canonico *appellari* poſſe: (II) iudici integrum eſſe quascunque interlocutorias *reuocare*, nec (III) easdem in *rem iudicatam* tranſire. Primum membrum nouiter addit ius canonicum. Secundum etiam fundatum eſt in iure ciuili, quod non tantum ex antea dictis liquet, ſed etiam ex *l.* 55. *D. de re iudic.* conſtat, vbi ICtus generatim aſſerit: *iudex, poſtquam ſemel ſententiam dixit, iudex poſtea eſſe deſinit.* Non de ordinario magiſtratu, ſed de *iudice pedaneo* loquitur ICtus, qui conſenſu partium ad illam cauſam datus erat, *notionis* gratia, adeoque eius officium vlterius durare non poterat, quam notione durante, cui per *ſententiam definitiuam* finis imponebatur. Hac lata, officium eius exſpirabat, et inde *ſententiam* corrigere non poterat. Proinde addit ICtus: *Et hoc iure vtimur, vt iudex, qui ſemel pluris vel minoris condemnauit, amplius corrigere ſententiam ſuam non poſſit, ſemel enim male ſeu bene officio functus eſt.* Officio ergo eius ita exſtincto, poteſtas quoque ei omnis ademta erat, quae tamen adhuc eidem ſalua erat *poſt interlocutiones*, quas proinde corrigere

Iudex interlocutoriam reuocare potuit de iure ciuili.

et

et retractare poterat, id quod arbitris quoque conceſſum eſt, *l.* 19. *§. ſ. de recept. qui arbitr. recep.* Quamuis vero hoc ipſum ex peculiari fori Romani ratione dependeat, nec hodie iudices pedaneos eiusmodi habeamus, ius canoni- *Et canonico.* cum tamen ius ciuile confirmandum cenſuit in *c.* 60. *X. de appellat. et c.* 10. *de appell. in* 6. adeo vt etiam, appellatione facta, interlocutorias retractare iudex queat, et quidem *ex officio*, vt appellationem auertat, niſi forſan *α*) appellationem admiſit, vel *β*) iudex ſuperior inhibitoriales ad iudicem inferiorem transmiſit, GONZALEZ *ad c. 60. cit.* vel *γ*) res non amplius integra ſit, *c.* 5. *de appell. in* 6. Quod *An interlocutoria quoad partem transeat in rem iudicatam de iure canon.* tertium membrum concernit, interpretes quidam docent, ſententiam interlocutoriam quidem quoad *iudicem* non tranſire in rem iudicatam, bene tamen reſpectu litigantium poſt lapſum decem dierum, BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. P. I. qu.* 12. *n.* 24. id quod colligunt ex *c.* 3. *§. ſi vero. de appell. in* 6. Inde rurſus inferunt, iudicem, licet *ex officio* poſſit etiam elapſo decendio interlocutoriam reuocare, ad inſtantiam grauati id tamen minime facere debere, cum reſpectu eius in rem iudicatam tranſierit. ALTIMARVS *cit. l. n.* 26. Sed haec ſententia nec probatur ex *cit. c.* 3. nec indiſtincte accipienda eſt. Falſum enim eſſe, interlocutorias de iure canonico tranſire in rem iudicatam *quoad partes*, vel inde liquet, quod, licet ab iis appellatum non ſit, iudex tamen, ad quem poſt definitiuam appellatum eſt, grauamen per interlocutoriam illatum emendare et corrigere queat, quo ipſo euidens eſt, poſſe etiam appellantem inter grauamina cauſas ex interlocutoriis grauantibus petere. Nec eatenus poſſunt dici in rem iudicatam tranſire intuitu *partium*, quod retractationem ſententiae a iudice petere nequeant, id enim inde eſt, quod ab ea appellauerint, adeoque ſuae appellationi renunciare cenſerentur, ſi retractationem grauaminis peterent.

ideo non parit rei iudicatae exceptionem in his, quae aut obiter aut incidenter, aut pro maiori declaratione allegatorum adducuntur. Nec enim talia petit actor, nec de iis loquitur ſententia iudicis. Etſi enim et illa conſiderat iudex, ſuper iis tamen non pronunciat. Sententia de iis concipitur et intelligitur, quae ſunt in concluſione libelli, non quae adduntur pro illuſtratione cauſae, reiiciuntur haec, vt non apta et valida ad cauſam, non vt in ſe aut non vera vel non iuſta. Extra illum reſpectum, ad quem allegantur, manent, qualia ex et in ſe ſunt vltra petitum et iudicatum, non improba, ideo alias allegari non prohibita.

Si ſuper punctis incidentibus plene cognitum, ſententia hodie tranſit in rem iudicatam.

§. XVI. Denique (III) ſi ſuper articulis incidentibus *vtraque pars audita*, ſi principaliter hi ab illis diſcuſſi ſunt, et cauſa plene cognita, ſententia ſuper his lata eſt, haec ſecundum praxin plerorumque iudiciorum in rem iudicatam adeo tranſit, vt poſtmodum, appellatione a ſententia definitiua interpoſita, hi ipſi articuli incidentes reuocari nequeant, BRVNNEMANNVS *in proc. ciuil. c.* 27. *n.* 68. quia ita punctus incidens in prima inſtantia plene eſt deciſus et definitus. Declarationis gratia adiungam reſponſum ab *ill. Facult. iurid. Menſ. Oct.* 1705. conceptum, vnde tantum potiores rationes decidendi adducam:

Quod reſponſo illuſtratur.

Dieweil aber dennoch dieſes alles in theſi *einiger maſſen zwar richtig iſt, doch, wenn ſolches* ad applicationem huius cauſae *ſoll gezogen werden, ſich deutlich befinden wird, daß das meiſte davon hieher gar nicht* quadrire, *und die Umſtände und Beſchaffenheit der Sache gantz ein anders ausweiſen, anerwogen die* in puncto rei vindicationis coram regimine Cellenſi *ergangene* Acta *mit mehrem bezeugen, daß daſelbſt bereits alle* exceptiones *gegen den Churfürſtl.* conſenſum *über die* 8000. *Thlr.* per modum replicationis *ſind vorgebracht worden, welche nachgehends* in inſtantia appellationis *vor dem Hochpreißlichen Reichs-Hoffrath*

Hoffrath ſind recoquiret, und von neuem in litem *deduciret, zumahl erſtlich aus der am* 13. Febr. 1661. *übergegebenen Schrifft zu erſehen, daſs ſie dawieder vorgebracht, daſs zum erſten der von* R. *als er in Erfahrung gebracht, daſs der Herr Cantzler die Ver-conſentirung auf* 8000. *Thlr. in die* R. *Lehngüther erhalten, er ſo fort* ex l. diffamari *Klage wider itzt gedachten Cantzler erhoben, und dadurch zu erhärten geſuchet, daſs keine* cauſa debendi *vorhanden geweſen; Vors andre, daſs dadurch Jhro Churfürſtl. Durchl. in Cölln bewogen worden, den ausgefertigten* conſenſum *nicht zu extradiren, ſondern vielmehr zu caſſiren, wie denn zu deſſen Behauptung eine eingeſchnittene Schrifft* ad acta *gebracht worden iſt; drittens, daſs nachgehends zwar der in Pergamen beſchriebene und* ad recognitionem *producirte* conſenſus *erfolget, doch davon weder in* Cancellaria *noch* Archiuo Hildeſienſi *einige Nachricht zu finden ſey, auch keiner von den alten Bedienten und Thum-Capitularen davon eine Wiſſenſchafft habe, einfolglich ſolcher* per ſub- et obreptionem *müſſe erſchlichen worden ſeyn; vierdtens, daſs der Ort, da der Brieff ver-conſentiret worden, gar nicht darunter zu finden, woraus abermahl eine groſſe* ſuſpicio falſitatis *zu inferiren wäre; fürs fünfte, welches abſonderlich in dem* in inſtantia appellationis *abgefaſſeten Urtheil apprehendiret worden, daſs Jhro Churfürſtl. Durchl. Hochſeeligſten Andenckens* Ferdinandus *dem Weyland Herrn Adolphen Sigismunden Freyherrn von und zu* F. in Anno 1635. *den* 22*ten* Febr. *und alſo vor der Ver-conſentirung der* 8000. *Thlr. in den* R. *Gütern nicht allein die* expectantz *gegeben, ſondern auch daneben würcklich belehnet haben, alſo, daſs der Churfürſt zum Praejuditz der Herrn Freyherren von und zu* F. *dem Herrn Cantzler* S. *dergleichen* Conſens *nicht mittheilen können; ſechſtens, da zu ſolcher Ver-conſentirung der* Expectatiuarius *da-*

Digitized by Google

damahls nicht ſey citiret worden, er auch niemahls darinn conſentiret, noch davon gewuſt, welches er doch als Intimus Conſiliarius et Camerarius a latere Electoris *billig hätte wiſſen müſſen; dannenhero um deſto ehender zu vermuthen ſey, daſs ſolcher* Conſenſus ſub- et obreptitie *erſchlichen geweſen; endlich, ſo ſey auch an ſolchem* Conſens-*Brief nicht das groſſe, ſondern kleine* Capituls-*Inſiegel angehenget worden, auch von keinen* ex capitularibus *unterſchrieben, auf welche* Exceptiones *der Herr Cantzler* S. *am 22ten* Mart. 1661. *geantwortet, und dieſelbe weitläufftig abgelehnet, hergegen der Freyherr von und zu* F. *am 26ten* Martii 1661. *ſeine vorige eingewandte* Exceptiones *noch weiter pouſſiret, und noch ferner vorgebracht, daſs der auf Pergamen geſchriebene und* ad recognoſcendum *producirte* conſenſus *gar nicht quadrire mit dem in* Archiuo Hildeſienſi *befindl. und eingeſchnittenen* Conſens-*Briefe, und daraus noch mehr die* praeſumtio falſitatis *zu erkennen, und ferner zu ſchlieſſen wäre, daſs eigentlich der* Original Conſens - *Brief niemahls Herrn Cantzlern* S. *extradiret, ſondern vielmehr caſſiret worden, wie denn zu dem Ende der Freyherr von und zu* F. *ein* documentum ad acta *gegeben, worinn der Churfürſt* Ferdinandus *ſich auf den* Conſenſum, *ſo den* 13. Iul. 1643. *datiret worden, beruffet, welches eben derjenige wäre, ſo nachgehends caſſiret, nicht aber, ſo von Cantzler* S. *auf Pergamen geſchrieben* ad acta *unter dem* dato *den 22ten* Ian. 1643. *gebracht worden, ferner auch nachgehends auf die vom Herrn Cantzler* S. *dawieder vorgebrachte Gründe geantwortet, und nachgehends beyderſeits über ſolche* Exceptiones *in unterſchiedlichen Schrifften verfahren, bis endlich die Sache zum Spruch Rechtens nach Rinteln verſchicket, und daſelbſt erkannt worden:*

Daſs Beklagter ſo viel dargethan, und erwieſen, daſs derſelbe Klägers Einwendens ohngeachtet bey der Poſſeſſion *der* R. *Lehnſtücke, bis ihm laut ertheilten Fürſtlichen* Conſens *die* Summa *der* 8000. *Thaler von Klägern entrichtet, billig zu manuteniren;*

Einfolglich aus allen dieſen ſo viel zu erſehen, daſs nicht allein über die angeführte und nachgehnds in inſtantia appellationis *recoquirte* exceptiones bishero legitime *verfahren, ſondern auch darüber erkannt, und dieſelbe als unkräfftig und unzulänglich* per clauſulam conſuetam, *Klägers Einwendens ohngeachtet, verworffen und reprobiret worden, welches auch die* ICti Rintelenſes *in ihren* rationibus decidendi *gar augenſcheinlich angezeiget, und weil ſolche* ſententia ob deſertam Leuterationem in vim rei iudicatae *erwachſen, und die Sache alſo abgethan* per Decretum *erkannt worden, ſo haben dadurch die* S. *Erben billig ein* ius quaeſitum *und* validiſſimam exceptionem rei iudicatae *erworben, ſo daſs* in inſtantia appellationis *die nunmehr abgethane, und* per exceptionem rei iudicatae *erſtorbene* exceptiones *mit Beſtande Rechtens nicht weiter vorgebracht, noch* ſententionando *darauff reflectiret werden könne, wie dann die* S. *Erben ſich beſtändigſt auf ſolche* exceptionem rei iudicatae *bezogen, und daſs ſolche* exceptiones *nunmehro nicht ferner gerühret werden können, ſtets urgiret haben, worinn ihnen dann die Rechte allerdings Beyfall geben,* quando enim ſemel exceptiones oppoſitae in ordinario proceſſu fuerunt, et *plene ventilatae,* poſtea in actu executionis opponere easdem non amplius integrum eſt, quoad impediendam executionem, multo minus ergo ad promouendam executionem, vti in praeſenti caſu, cum tamen iura magis prompta ſint ad liberandum: BERLICH. *p.* I. *concluſ.* 57. *n.* 86. MEVIVS *p. III. dec.* 214. *n.* 4. MERKELBACH *apud* KLOCKIVM *vol.* 2. *conſ.*

Digitized by Google

conſ. 5. *n.* 114. *ſqq.* ZANGER. *de except. p. III. c.* 26. *n.* 112. 113. Et ſi illae demum exceptiones poſtea adhuc admittuntur, ſuper quibus pronunciatio et cognitio facta non eſt, contra illae reiiciendae erunt, ſuper quibus cognitum et pronunciatum, vti fit per clauſulam *einwendens ohngehindert*, MEV. *p. VI. deciſ.* 250. CARPZOV. *in proc. tit.* 25. *art.* 6. *n.* 65. *ſqq.* et quidem propter auctoritatem rei iudicatae, quae pro veritate habetur, et cui excipiendo contraueniri nequit, *l.* 25. *D. de ſtatu homin. l.* 207. *de R. I.* CARPZOV. *cit. l. n.* 6. adeo vt, cuius erat agendi et excipiendi ſuper eodem iure, ſi exceptione ſe tueri maluit, et ſuccubuit, exceptionibus reiectis, agendi poſtea ei facultas denegetur, cum eandem quaeſtionem in iudicium reuocet, quae iam in diſcuſſione exceptionum eſt ventilata, vti in terminis ad hunc caſum apprime applicabilibus tradit ICtus in *l. duobus.* 19. *ff. de exec. rei iud. l. quod in diem.* 7. *§.* 1. *de compenſat.* Imo exceptiones ſemel reiectae ne quidem in alio iudicio opponi poſſunt. GVIDO PAPAE *Sing.* 383. et 499. KLOCK. *cit. l.* BRVNNEMANN. *ad cit. l.* 19. *n.* 4. ſicuti idem dicendum eſt de petitione actoris hoc modo ita reiecta. CARPZOV. *in proceſſ. cit. l. n.* 61. *Und obgleich die* Doctores *alsdenn die* exceptiones ſemel in litem deductas *nachgehends auch bey der* execution *oder* in alio iudicio *zulaſſen*, ſi obiter tantum adductae, ac proinde a iudice non multum conſideratae nec attentae, non obſtante ſiue expreſſa ſiue tacita reiectione, CARPZOV. *deciſ.* 40. *et* 251. *n.* 9. *et in proc. tit.* 25. *art.* 6. *n.* 66. MEVIVS *p. VI. deciſ.* 250. BERLICH. *p.* I. *concl.* 57. *n.* 89. *ſo wird doch auch ſolches allhier keine* application *finden können, zumahl aus denen* in puncto rei vindicationis *ergangenen* actis *klar am Tage lieget, daſs der Kläger der Freyherr von und zu* F. *gegen den von Beklagten vorgeſchützten Churfürſtlichen* Conſens *auf* 8000. *Thlr. nach geſchehener* recognition

Digitized by Google

principaliter und hauptſächlich excipiret, und die vorher ex actis illis extrahirte exceptiones *proponiret, darüber* documenta *produciret, und beyderſeits weitläufftig verfahren, mithin ſolches nicht* obiter *nur* in lite *angeführet, zumahl das vermeinte* momentum cauſae *in dem gantzen* proceſſu rei vindicationis *auf der* validitate conſenſus *beſtanden, auch eintzig und allein darüber geſtritten, und auch erkant worden, wie dann gleichfals nicht mag geſaget werden,* quod parum iudex attenderit vel conſiderauerit illas exceptiones, *anerwogen ſolcher der eintzige Punct damahls geweſen, darüber erkant werden müſſen, ſolches auch die* ICti Rintelenſes *in ihrem Urtheil ſo wohl, als* rationibus decidendi *deutlich bekennen, indem ſie pronunciiret:*

Daſs Beklagter NB. *ſo viel dargethan, und erwieſen, daſs derſelbe* NB. *Klägers Einwendens ohngeachtet etc.*

Welche Worte offenbahr anzeigen, daſs ſie erſtlich erkant, über Beklagtens Beweiſs, welcher vornehmlich in faluando conſenſu eumque liberando ab exceptionibus oppoſitis *beſtanden, und denn fürs andre über des Klägers dawieder eingewandte* exceptiones, *welche dieſelbe als unzuläſsig und* irreleuant *verworfen, und mithin die eingewandte Leuterung hätte proſequiret werden müſſen, ſo fern der damahlige Kläger ſich getrauet, mit ſeinen aberkanten* exceptionibus *in der Leuterung fort zu kommen, und eine* Reformatoriam *zu erwarten, welches doch gleichwohl gar nicht geſchehen, ſondern vielmehr die Leuterung vor* deſert *erkant, und der Herr Cantzler* S. per mandatum manutenentiae *in ſeiner* poſſeſſion *befeſtiget worden, wodurch dann abermahl ein groſſes* momentum ad vires rei iudicatae ſuſtinendas *erwächſt, anerwogen aus denen Rechten bekant, daſs derjenige, ſo* proprio motu et ſponte *derglei-* *chen*

Digitized by Google

chen remedia ſuſpenſiua *deſeriret*, ipſo facto *ſeinen Anforderungen renunciiret*, *welche allhier vornehmlich in denen bishero erzehlten* exceptionibus *beſtehen*, cum paria ſint, remedium ſuſpenſiuum omittere vel non perſequi, et eidem renunciare, BERLICH. *p. II. deciſ.* 221. *n.* 10. et ſi iudex appellanti reſponderit, intra iuris terminum Apoſtolos ſe daturum, appellationi ſuae renunciaſſe appellans intelligitur, niſi intra dictum terminum petat apoſtolos, *clem. quamvis.* 2. *de appellat.* iam autem non licet reuerti ad exceptiones, quibus ſemel renunciatum. CARPZOV. *deciſ.* 31. *n.* 11. FVLV. PACIAN. *lib. II. de probat. c.* 45. *n.* 15. *ſq. Aus welchen allen denn von ſelbſten ſo viel erſcheinet, daſs* in inſtantia appellationis *über vorangeregte* Exceptiones *nicht hat von neuen erkant werden können, weil ſonſten die* auctoritas rei iudicatae, tot legibus ſtabilita, *gar ſchwach und hinfällig ſeyn würde*, ſi lites ſemel ſopitae ita per indirectum reſuſcitari poſſent, cum tamen tanta ſit rei iudicatae efficacia, vt pro veritate haberi vbique debeat, *l.* 25. *de ſtatu hom. l.* 207. *de R. I.* MEV. *p. III. deciſ.* 104. et conſequenter perfectum ius inter partes conſtituat, *l.* 3. *pr. de agnoſc. vel al. liber.* CARPZOV. *p. I. C.* 26. *def.* 15. quod nec ſummus princeps immutare vel auferre poteſt, *l. f. C. ſentent. reſcindi non poſſe. l.* 16. *C. de transact.* adeo vt, ſi vel maxime inique debitor abſolutus fuerit et ita adhuc naturaliter obligatus maneat, tamen per exceptionem rei iudicatae poſtea adiuuari debeat, §. 5. *I. de except. und würde es alſo wider die klaren Rechte gehandelt worden ſeyn, wenn man nachgehends die Frey-Herrn von und zu* F. virtute ſententiae ex L. diffamari *in die quaeſtionirte Güter geſetzet, und alſo* contra rem iudicatam *die* Execution *verrichtet hätte etc.*

§. XVII. Hoc poſito, (IV) quoque illud conſtare videtur, quandoque interlocutorias, altera parte inſtante peti- **Interlocutoriae merae,**

quae ex mixta dependent, hodie vim rei iudicatae habent.

petitas, vim iudicati habere, ſi ex praecedente ſententia interlocutoria, ad plenam diſcuſſionem articuli incidentis lata fuit, et ex ea quaſi dependet, quia ita virtualiter ei ineſſe videtur. Sic nuper admodum ad facultatem iuridicam huius loci transmittebantur acta, in quibus actori *probatio* iniuncta, *daſs derſelbe die* exiſtentiam *des* quaeſt. documenti *verificiren, und darneben das angegebene* precarium *beybringen ſolle.* Sententia haec, nullo remedio ſuſpenſivo interpoſito, tranſierat in rem iudicatam: vnde reus, decendio effluxo, implorabat iudicem, vt terminum *demonſtrationi* iniunctae actori praeſtitueret, quem in ſententia interlocutoria omiſerat. Iudex terminum quatuordecim dierum actori praefiniuit, quem cum accurate non obſervaſſet, refugium in eo quaeſiuit, decretum vltimum non eſſe ſententiam interlocutoriam, ad ſolius rei inſtantiam impetratum, nec vim rei iudicatae habere. Sed cum hoc decretum ſeſe referret ad ſententiam priorem interlocutoriam, eique tantum illud, quod omiſſum erat, adderet, ordo ICtorum illuſtris huius loci cenſuit, hanc exceptionem haud attendendam eſſe.

Rationes decidendi per ſe non transeunt in rem iudicatam.

§. XVIII. Similiter (V) de *rationibus decidendi* non leue enaſcitur dubium, vtrum hae quoque in rem iudicatam transeant ſicuti ſententia, cui ſeorſim, vt fieri ſolet, ſunt adiectae. Contingere enim poteſt, vt ſententia ſtrictius concepta fuerit, quosdam tantum articulos incidentes definiens, in rationibus decidendi autem plures expreſſi, excuſſi et deciſi fuerint, quod quamuis non ſatis apte fiat, litem tamen de virtute rei iudicatae operari poteſt, ſi factum eſt. Equidem *rationes decidendi* virtualiter ſententiae ineſſe creduntur, cum contineant fundamenta, quibus iudex motus ſententiam eo, quo factum eſt, modo tulit, adeoque eandem vim cum ipſa ſententia habere videntur, vtpote cuius *anima* et quaſi neruus ſunt. Tangit etiam

hanc

hanc quaeſtionem ADRIANVS BEYER *in proceſſ. Mechanicar. cauſ. c.* 36. §. 18. et hanc ſententiam amplecti videtur, maxime hac de cauſa, quod etiam rationes decidendi publicari ſoleant partibus. Verum ſicuti non neceſſe eſt, vt rationes decidendi ſententiis vel inſerantur, vel iis adiungantur, adeoque ad ſubſtantiam ſententiae principaliter haud pertineant, *c.* 16. *X. de ſentent. et interloc.* niſi vel *a*) lex eas praeciſe requirat, vid. *R. I. de anno* 1654. §. 61. vel ab extraneo ICtorum collegio ſpeciatim petitae fuerint, B. STRYK. *in V. M. ad tit. de re iudic.* §. 10. *ſq.* vis rei iudicatae, quae ſententiis tributa eſt ſpeciatim, trahi nequit ad *rationes decidendi*, ſi plus in iis determinatum, quam in ſententia expreſſum eſt, praeſertim cum ſententiae ſint ſtricti iuris, nec vltra determinata et definita progrediantur. MEV. *p. III. deciſ.* 308. *n.* 5. Quamuis enim ſententiae ſine rationibus decidendi valere queant, hae tamen ſine ſententia, cuius tantum acceſſorium ſunt, non valent, nec aliquid operantur. Proinde ſi ſententia tantum in poſſeſſorio lata eſſet, in rationibus decidendi autem plura admixta eſſent, quae ipſum petitorium concernunt, illudque definiunt, petitorio inde nullum adfertur praeiudicium, cum hoc tantum *obiter*, et *ex ſuperfluo* adiectum cenſeri debeat, adeoque tenorem ſententiae haud ingrediatur. Proinde cum *Menſ. Iul.* 1713. acta ad illuſtr. Facultatem iuridicam eſſent transmiſſa, in quibus *declaratio ſententiae* vel ideo petebatur, quod plus in rationibus contineretur, quam in ſententia expreſſum eſſet, pronunciatum fuit, *daß die geſuchte declaratio nicht ſtatt finde, ſondern es derſelben ohngeachtet bey dem* fol. act. 85. *befindlichen und den* 18. April. 1708. *eröffneten Urthel billig verbleibet*, cuius pronunciati fundamenta ex rationibus decidendi ſubiectis apparent: *Es hat* implorant *einige verſetzte Ländereyen eingelöſet, und dabey praetendiret, daß* implorat vltra conſuetum vſurarum

mo-

modum *die Früchte gehoben, und zu dem Ende* fol. 16. liquidation ad acta *gegeben, und die auf die andere geliebene* 59. *Thlr. gerichtlich deponiret: Es iſt aber* fol. 85. *hierauf erkant, daß* implorat *auf die* fol. 16. *befindliche* liquidation *ſich einzulaſſen nicht ſchuldig ſey, imploraten aber unbenommen bleibe, die deponirte Gelder abzufordern, und weil* in rationibus decidendi *die vorige Herrn Urthelsfaſſer dieſes* pro ratione *geſetzet, daſs bey dergleichen ungewiſſen Feld-Früchten darauf nicht geſehen werde, wenn ſie gleich die Landüblichen Zinſen mercklich überſteigen, es wäre dann, daſs der Schuldmann* enormem laeſionem vltra duplum legitimarum vſurarum *beweiſen könne, hat* implorat *Gelegenheit daher genommen,* fol. 89. declarationem ſententiae *dahin zu ſuchen, daß, wenn er erweiſen könte, daß Herr* implorat vltra duplum legitimarum vſurarum *genoſſen habe, er alsdenn auf die von neuem zu übergebende* liquidation *ſich einzulaſſen ſchuldig ſey, worüber die Partheyen in* anno 1708. *bereits abgeſetzet, nachgehends die Sache in etlicher Zeit liegen geblieben, ſo daß, wie* fol. 109. *zu erſehen, in* anno 1709. *dem imploranten ſeine deponirte Gelder auf ausgeſtelleten Schein wieder abgefolget ſind. Wann nun gleich* implorant *dahero* declaration *der Urthel geſuchet, daß in denen* rationibus decidendi *weit mehres zu finden, als in der ausgeſprochenen Urthel, und dahero nöthig ſey, daß die* ſententia *nach denen angeführten* rationibus *erklähret und dahin verſtanden werden müſſe, daß, wenn er* enormem laeſionem *und* perceptionem fructuum vltra duplicatas vſuras *erweiſen könte, er noch allerdings damit zu hören ſey, inzwiſchen da ſolche* declaration *nicht geſchehen, die* ſententia vires rei iudicatae *nicht ergreiffen können.* MEV. p. 1. deciſ. 109. et p. 5. deciſ. 10. *mithin die Abfolgung der* 59. *Thaler nicht geſchehen mögen, ſondern er befugt geweſen, dieſelbe wie-*

der abzufodern, zumahl er ſonſten, wenn die 59. *Thaler* imploraten *abgefolget ſeyn ſolten, er wegen der von neuen anzuſtellenden* Liquidation *keine Sicherheit gehabt hätte.*

W. a. d. implorant *einmahl* fol. 16. *eine* Liquidation ad acta *gebracht, und darüber* in actis, *ob* implorat *ſich darauf einlaſſen ſolle, diſputiret worden, und ob wohl anfänglich* fol. act. 55. *auf die Einlaſſung erkant worden, dennoch durch die letztere Urthel* implorat *davon abſolviret, dieſer* punct *auch nicht geleutert worden, und alſo Krafft Rechtens ergriffen, und ob wohl* implorat *aus denen* rationibus decidendi *vermeinen wolle daß ihm in dem Urthel vorbehalten ſey, eine neue* Liquidation ad acta *zu bringen, und* enormem laeſionem *zu erweiſen, dennoch ſolches daraus nicht geſchloſſen werden mag, zumahl nur* obiter *darin angeführet, daß nur* ob enormem laeſionem *eine* Liquidation *angeſtellet werden könne, welches* implorant *ſo fort* ab initio *beybringen müſſen, ſo er doch nicht gethan, und da er nunmehr eine neue* Liquidation ad acta *geben will, keine geringe* ſuſpicio malitiae *daraus gegen ihn erwächſet,* etc.

§. XIX. Denique (VI) cum ſententiis interlocutoriis inſignem affinitatem habet *ſententia prouiſionalis* ſeu *interimiſtica.* Dicitur enim *decretum iudicis interlocutorium, pendente lite principali, vel durante impedimento aliquo, in gratiam alicuius ſuper negotio quodam, dilationem non recipiente, ex iuſta cauſa latum, interim donec vel cauſa decidatur vel impedimentum remoueatur, obſeruandum* B. STRYKIO *de decret. interim. c. l. n.* 64. conf. REBVFFVS *de ſentent. prouiſion. praefat.* Decernuntur huiusmodi decreta in cauſis eccleſiaſticis, pendente controuerſia ſuper cauſa religionis; pendente lite de filiatione, interim quandoque decernuntur alimenta: et ſi in cauſa poſſeſſionis timendum, ne partes ad arma veniant, poſſeſſio interim ali-

Sententiae interimiſticae non tranſeunt in rem iudicatam.

cui aſſignatur; vxori, agente marito ad diuortium, prouidetur de alimentis aliisque neceſſarjis ſubſidiis; ventri per bonorum poſſeſſionem proſpicitur, donec ex euentu appareat, vtrum mulier viuum editura ſit partum nec ne? Haec et ſimilia decreta interimiſtica cauſam principalem non definiunt, nec cauſa plene cognita aut ſatis iam inſtructa feruntur, et reuera meram *interlocutionem* continent. Sic ſententia in poſſeſſorio ſummariiſſimo lata, proprie non eſt definitiua, ſed tantum interlocutoria, MEVIUS *p. II. deciſ.* 236. *n.* 3. cum in hoc poſſeſſionis cauſa finaliter non deciditur, ſed tantum pendente lite decernatur, quis interim poſſidere, et partes rei vel actoris ſuſtinere debeat. IDEM *p. III. deciſ.* 193. *n.* 1. Neque itaque hoc poſſeſſorium in ordinario, neque in petitorio praeiudicat, ſed probata antiquiori et iuſtiori poſſeſſione, reuocatur, CARPZOV. *in proc. tit.* 23. *art. I. n.* 7. GAIL. I. *Obſ.* 7. *n.* 6. id quod generatim de hiſce ſententiis prouiſionalibus dicendum eſt. B. STRYK. *cit. diſſ. c. III. n.* 68. *ſeqq.* Ex quo fluit, eas haud tranſire in rem iudicatam, cum alioquin retractari haud poſſent IDEM. *cit. l. c. IV. n.* 5. Et quamuis in antecedentibus dictum ſit, ſententias interlocutorias hodie tranſire in rem iudicatam, quae articulum quendam incidentem plene definiunt, horum decretorum tamen diuerſa eſt ratio, quae ſua natura cauſam non definiunt, ſed interim tantum quid decernunt, ſtatuuntque donec quaeſtio, de qua diſputatur, plene et ſufficienter diſcuſſa, cognita, et deciſa fuerit. Neque enim res iudicata in iis, quae tempore mutantur, locum habet, aut aliquid operatur in his, quae ſua natura mutationem recipiunt, IDEM *cit. l. n.* 17. adeoque nec in prouiſionalibus remediis *l.* 1. §. 12. 13. 14. *D. d. agnoſc. vel alend. lib.*

Sed meram interlocutionem continent.

Sententia arbitrorum Ius

§. XX. Quae hactenus dicta ſunt, in iure noſtro quoque applicantur ad ſententias *arbitrorum*, cum circa eas quo-

Digitized by Google

quoque diſtingui debeat inter *interlocutorias* et *definitiuas.* Ita enim PAVLVS in *l.* 19. *in f. D. de recept. qui arbitr.* *Vnde videndum erit, an mutare ſententiam poſſit? et alias quidem eſt agitatum, ſi arbiter iuſſit dari, mox vetuit, vtrum eo, quod iuſſit, an eo, quod vetuit, ſtari debeat? Et Sabinus quidem putauit, poſſe. Celſus ſententiam magiſtri ſui bene excuſat, et ait, Sabinum non ſenſiſſe de ea ſententia, quae arbitrium finiat, ſed de praeparatione cauſae: vtpote ſi iuſſit, litigatores Calendis adeſſe, mox idibus iubeat: nam mutare eum diem poſſe. Ceterum ſi condemnauit vel abſoluit, dum arbiter eſſe deſinit, mutare ſententiam non poſſe.* Dum ergo mutare poteſt, quod interlocutus eſt, illud ipſum vim rei iudicatae habere nequit, cum nec eius officium deſijt. Ex hoc fundamento etiam aliquando mutare poteſt ſententiam definitiuam, in illa ſpecie, quam proponit ICtus in *l.* 21. *pr. D. eod.* ſi de pluribus controuerſiis decidendis aſſumtus eſt, nihil ſibi communibus, et de vna ſententiam dixit, de aliis nondum. Diſtinguit enim ICtus in *cit. l.* vtrum compromiſſum ita conceptum fuerit, *de omnibus ſimul vt dicat ſententiam,* an vero vt etiam *ſeparatim* dicere queat? Hoc caſu quoad illam ſententiam, quam dixit, arbiter eſſe deſinit, et ita facultas mutandi illi eſt ademta, non vero priori caſu.

terlocutoriae non transeunt in rem iudicatam.

§. XXI. Sed ſpecialius videndum, an laudum arbitri definitiuum, maxime hodie, vim rei iudicatae habeat? plures hoc negant, adeo, vt, reo abſoluto, actor rem et cauſam, ſuper qua compromiſſum eſt factum, rurſus coram competente iudice in iudicium deducere queat. vid. LAVTERBACH. *de arbitr. compromiſſ.* §. 45. Loquor hic autem non de arbitris iuris, quorum ſententiae maius pondus habent, ſed de compromiſſariis, qui libera voluntate partium aſſumti erant, circa quos de iure ciuili antiquo conſtat, eas ſententias vim rei iudicatae proprie haud habuiſſe,

De laudo arbitri definitiuo, qualem vim habeat de iure ciuili.

 l. 2. ff.

Digitized by Google

l. 2. *ff. de recept. l.* 1. *C. de recept. arbitr.* ibi: *quia nec iudicati actio inde praeſtari poteſt, et ob hoc inuicem poena promittitur, vt metu eius a placitis non recedatur.* Interim potuerunt per indirectum aliunde robur accipere. Scilicet diſtinguebatur, vtrum compromiſſum *nudo* eſſet initum *pacto*, an *ſtipulatione.* Poſteriori caſu, quem communiter leges ſupponunt, vis ſententiae ei accedebat ex ſtipulatione, quorſum collimat effatum ICti in *l.* 27. §. 2. *de recept. qui arbitr. recep. ſtandum eſſe ſententiae arbitri, quam de re dixit, ſiue aequa ſiue iniqua ſit, et ſibi imputet, qui compromiſit.* Priori caſu vel reus abſolutus erat vel condemnatus. Illo caſu itidem ſententia robur habebat, quia exceptione pacti actor, de nouo agens, repelli poterat; hoc vero laudum effectu carebat, quia ex pacto non dabatur actio, et ita reus actione compelli haud poterat, vt ſententiae ſatisfaceret.

Quod repetit Iuſtinianus. §. XXII. Sententiam iuris antiqui recenſet IVSTINIANVS in *l. pen. C. de recept. arbitr.* his verbis: *Cum antea ſancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromiſſi vallabat,* (id quod per ſtipulationem fiebat) *neque iudex dederat* (qui non erant arbitri iuris) *ſed nulla ſententia praecedente communis electio, vt illorum ſententiae ſtaretur, procreabat: ſiquidem pro parte pulſata* (pro reo) *forma arbitralis procederet* (adeoque hic abſolueretur) *exceptionem ei, veluti pacti, generari; ſin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praeſidii,* cum ex nudo pacto, quo compromiſſum initum erat, nulla dabatur actio. Hoc durum aequitatique contrarium viſum fuit IVSTINIANO, inde in *l. cit.* diſtinxit, vtrum *ſubſcripſerint* ſententiae nec ne. Priori caſu actori in factum dat actionem, vt ſententia executioni mandetur: poſteriori vero ſubdiſtinguit, vtrum ſilentio ea roborauerint, nec intra decem dies proximos atteſtationem miſerint vel iudici vel aduerſario, per

Sed correxit vimque laudo addit ex ſilentio decem dierum.

per quam manifeſtum fiat, definitionem non eſſe amplectendam, an non roborauerint. Priori caſu itidem datur prior actio *ad inſt. ar iudicati*, ſed non poſteriori caſu, quin potius nuda contradictio operabatur, vt vim quaſi iudicati laudum a parte actoris habere non poſſet. Haec ſi ad praxin hodiernam applicanda ſunt, in alia omnia eundum et ſtatuendum eſſe cenſeo, laudum arbitrorum *indiſtincte* hodie vim rei iudicatae habere. Conclamatum enim eſt, hodie pacta nuda vim ſtipulationis habere, adeoque etiam compromiſſa, nudo conſenſu partium inita, prout hodie ſine ſolennitate verborum vbique ineuntur, parem cum ſtipulatione efficaciam habere. Sicuti itaque olim, et ex ipſa diſpoſitione *l. cit. pen.* compromiſſa per *ſtipulationem* inita ſtatim vigorem habebant, et ſententia lata ad effectum deducenda erat, haud requirens, vt ſilentio decem dierum homologata eſſet, ita quoque idem de compromiſſis, prout hodie ineuntur, dicendum eſt, nec ad ea amplius quadrat diſpoſitio *l. pen. cit.* quippe quae eo tempore lata eſt, quo ex nudo pacto nulla dabatur actio, quod hodie ſecus. Proinde hodie non amplius intra decendium contradicere laudo, illudque impugnare licet, ſed ſtatim efficaciam habet, aeque ac ſententiae, quae in rem iudicatam tranſiere. B. STRYKIVS *in V. M. ad tit. de recept.* §. *II.* MEVIVS *p. II. deciſ.* 280. *n.* 6 *in not.* SCHILTERVS *in pr. iur. Rom.* ex 12. §. 17. FABER *in C. lib. II. tit.* 38. *def.* 6.

De cuius praxi dubitatur.

§. XXIII. Quid vero dicendum de ſententiis arbitrorum *interlocutoriis*, non *meris*, ſed *mixtis*, quando ſuper puncto incidente vtrinque *plene* diſputatum, et arbiter cauſa cognita ſententiam tulit? veluti reus contra teſtes excepit, eosque abſolute inhabiles nec admittendos eſſe cenſuit; inde litigantes per varia argumenta hunc articulum incidentem excuſſerunt, et deciſioni arbitri ſubmiſerunt. Pronunciauit arbiter, eos, ſalua exceptione, admittendos

Quod etiam de ſententiis interlocutoriis mixtis arbitrorum dicendum eſt.

 eſſe,

eſſe, an haec quoque ſententia parem cum definitiua vim habet? Equidem ex §. XX. contrarium colligitur, ſaltem quod arbiter eam reuocare potuerit, quo ipſo quoque certum eſt, eam vim *quaſi* iudicati non habuiſſe. Verum iam ſupra aſſerui, idem quoque de interlocutionibus ordinariorum iudicum olim obtinuiſſe, quod tamen hodie in praxi plerorumque locorum ſecus eſt. Proinde cum arbitria ad inſtar iudiciorum ordinariorum adornentur, arbiterque ordinem ſolitum obſeruare debeat, *l. 1. D. de recept. qui arbitr. recep.* arbitror, tales interlocutorias quoque hodie ſtatim vim quaſi iudicati habere, nec amplius ab arbitro reuocari poſſe.

Quod iuri canonico conforme.

§. XXIV. Denique addo etiam hoc, ſententiam, quam antea iuxta praxin hodiernam adſtruxi, iuris canonici quoque ſcitis congruam eſſe, quoniam, vt *tit. de pactis* oſtendi, etiam hoc iure nudum pactum valide obligat. Probo id ipſum ex *c. 2. et 9. X. de arbitris*, et quidem in poſteriori textu adeſt caſus, vbi ad executionem laudi agebatur, ei tamen opponebatur, quod procurator, qui in arbitros conſenſerit, ſpeciale mandatum ad hoc non accepiſſet. Inde Pontifex diſtinguit, vtrum ipſe principalis arbitrum recepiſſet nec ne? Priori caſu cenſet, *indiſtincte* laudum eius ratum habendum eſſe et executioni mandandum, non vero poſteriori caſu. Si ergo *indiſtincte* ſententia arbitri hoc iure ſeruanda eſt, ad diſtinctionem IVSTINIANI amplius hoc iure prouocari nequit, quod etiam fatetur GONZALEZ *ad c. 2. cit. n.* 13.

Deciſiones ſuperintendentum vim iudicati non habent.

§. XXV. Arbitrorum ſpartam etiam tueri videntur *Superintendentes*, in terris inprimis Saxonicis ad minimum, vt notionem quandam de cauſis leuioribus habere videantur. Vnde etiam *deciſio* quaedam iis adſcribitur *in der Churfächſiſchen Erledigung des Landes grauam. tit. Conſiſtorial-Sachen n.* 8. vbi dicitur: *Es ſollen zum achten dieje-*

Digitized by Google

jenigen Sachen, ſo vermöge der Generalien und Policey-Ordnung vor die Superintendenten zu deren deciſion *gehören, ohne der Partheyen Willen zu Verhütung Unkoſten nicht vor die* Conſiſtoria *gebracht werden.* Num ergo *deciſiones* eorum vim rei iudicatae obtinent? Tale quid Superintendentes nonnunquam tentaſſe, et *deciſionibus* ſuis vim iudicati adſcripſiſſe colligo ex reſponſo Conſiſtorii Vitebergenſis, quod adducit ZIEGLER. *de Superintend. cap. XVI.* §. 17. his verbis: *Und weil wir auch wahr genommen, daß ihr in dieſer Sache nicht nur beyde Theile gegen einander gehöret, ſondern auch denen Partheyen einen Beſcheid publiciret, welchen ihr* pro re iudicata *halten wollet, euch aber, der ihr keine* Iurisdiction *zu exerciren, dergleichen zu thun nicht zuſtehet, ſo werdet ihr ins künfftige in dergleichen und andern Fällen Beſcheide und Weiſungen, die* rem iudicatam *nach ſich ziehen ſollen, denen Partheyen zu eröffnen euch enthalten.* Scilicet Superintendentes non tam *arbitri* quam *arbitratores* in quibusdam cauſis leuioribus conſtituuntur, non vt ſeruato iuris ordine procedant, et cauſa cognita ſententiam ferant, ſed potius vt compoſitione amicabili partes diſſidentes componere ſtudeant, id quod ſi efficere nequeant, rem ad Conſiſtorium deferre debent, quod demum de illis per modum ſententiae forenſis decernit. Cum itaque magis *arbitrium* interponant, quam ſententiam ferant, fruſtra de vi rei iudicatae quaeritur. Bene ZIEGLERVS *cit. l.* §. 8. *Nec iurisdictionem illi habent, nec forum, adeoque nec ſententiam dicendi poteſtatem, et vt vel maxime talem pronunciare velint, omnino tamen nulla ea eſt, nec vnquam rei iudicatae vires acquiret etc.*

Nec decreta collegiorum opificum.

§. XXVI. Similiter de *decretis collegiorum opificum Mechanicorumque* eadem ratio dubitandi moueri poteſt, vtrum in rem iudicatam tranſeant? Videtur deciſio huius quaeſtionis inde dependere, vtrum collegia huiusmodi veram

ram et proprie dictam habeant iuriſdictionem? Affirmat id ipſum ADRIANVS BEYER *in proceſs. cauſ. mechan. c. III.* §. 7. *ſqq.* putatque eandem moribus ac conſuetudine confirmatam eſſe. Sane collegia, qua talia, ſunt ſocietates mere aequales, adeoque ſicut imperio nullo gaudent, ita quoque iuriſdictionem, quae ex *imperio* fluit, *regulariter* non habent. Equidem de rebus ad collegium pertinentibus cognoſcere quodammodo poſſunt, ſed haec facultas non *iuriſdictionem*, ſed *nudum* inuoluit *notionem* CARPZOV. *in proc. tit.* 2. *art.* 3. *n.* 88. *ſq.* Proinde qui iuriſdictionem proprie dictam iis tribuit, contra regulam aliquid ſtatuit, adeoque exceptionem ſuam moribus fundatam eſſe, probare debet. Ceterum vbi iuriſdictione pollent, res ſalua eſt; vbi vero nudam *notionem* habent, aliud dicendum videtur. Nec obſtat, quod iudices pedanei olim etiam nudam habuerint *notionem*, illorum tamen ſententiae in rem iudicatam abierint; nam notionem, quam iudices pedanei olim habuere, acceperunt a praetore, publica iuriſdictione pollente, adeoque ſententiae eorum vim iudicati accipiebant ex ipſius praetoris auctoritate, qua lata erat per iudices pedaneos ſententia. Talem vero notionem non habent collegia regulariter, ſed ſummarie cauſa cognita aliquid decernunt cenſentque, cum nemo rectius de ipſa arte iudicium ferre poſſit, quam artis peritus. Interim plerumque α) tumultarie, et cauſa non ſatis inſtructa decernunt, β) protocollo ad plurimum haud vtuntur, nec γ) peculiarem actuarium alunt, adeoque, quae ita ſunt, fidem publicam habere nequeunt, quae tamen neceſſaria ſunt, vt ſententia ſuum vigorem habere queat. *c.* 11. *X. de probat.*

Sententia ad conſilium ICtorum lata et publicata vim rei iudicatae

§. XXVII. Quandoque quoque iudex requirit ſententiam et opinionem opificum Mechanicorum vel in genere artis peritorum, vnde an hae vim *iudicati* habeant, grauiſſime diſputatur inter ICtos. Et quidem communiter tres

caſus

caſus diſcernunt, vnde reuera tres naſcuntur regulae: Prima eſt: *Sententia alterius quam iudicis nomine, ad conſilium ICtorum lata et publicata, in rem iudicatam tranſit.* Quando enim acta transmittuntur ad collegia ICtorum, vel ſpeciatim deſideratur, vt hi nomine magiſtratus ordinarii ſententiam concipiant, vel non. Priori caſu res ſalua eſt; poſteriori vero ICti *ſuo nomine* concipiunt ſententiam per modum literarum reſponſoriarum hoc modo: *Als dieſelbe uns Klage, Antwort und erfolgte Geſetze in Sachen* Caii etc. *an einem, und* Lucii *Beklagten am andern Theil zugeſchicket und ſich des rechten darüber zu belehren gebethen, alſo erkennen wir* ordinarius Decanus *und andere* Profeſſores *der Iuriſten Facultät* N. *vor recht.* Dubitatum olim magnopere fuit: *vtrum talis ſententia vim iudicati habere poſſet, ſi ſimpliciter in forma adducta publicata fuerit?* In Saxonia olim acriter deſuper diſputatum fuiſſe docet *p. 1. conſtit. elect.* 26. qua controuerſia haec tandem deciſa eſt. Aliis quoque in foris ad omne dubium auertendum receptum eſt, vt iudex ex literis reſponſoriis ICtorum ſententiam *ſuo nomine* concipiat, eamque partibus publicet: vel vt literis informatoriis hoc modo ſubſcribat: *Nos iudex pronunciamus, vt in ſupra ſcripto conſilio continetur.* CARPZOV. *p. I. C. 26. def.* 1. *n.* 4. *in f.* *habet, licet nomine iudicis non fuerit concepta.*

§. XXVIII. Rationes dubitandi veterum fuere, (1) quod conſilia peritorum et reſponſa ſemper retractari queant, vti colligunt ex *l.* 17. *pr. ff. de iure patron.* adeo vt ſi vel maxime nomine iudicis concepta eſſent, hic tamen in tacita perluſtratione animaduerteret, illa actis et iuri haud conformia eſſe, ei integrum ſit, publicationem eorum omittere BRVNNEMANNVS *ad cit. l.* 17. (2) quod ſententia ex auctoritate *iudicis* robur capiat, cuius nomine quoque publicari debeat, id quod ſi factum haud ſit, *ſententiae* nomen tale reſponſum habere non poſſit, prout plures cen- *Rationes dubitandi.*

Digitized by Google

Rationes decidendi. fuere relati a BERLICHIO *p.* I. *concl.* 59. *n.* 3. Verum recte idem reſpondet, iudicem, qui poſt transmiſſorum actorum ſententiam talem publicauit, eam reuera ſua *auctoritate* ſuoque *nomine* virtualiter publicare, adeoque inde vim et efficaciam *ſententiae* proprie dictae accipere, quod vel inde liquet, quia partes citantur ad publicationem *ſententiae*, adeoque illud, quod iis in termino praefixo publicatur, vim ſententiae habere debet. Diuerſa quoque eſt ratio, quando litigantes *priuato auſu* informationem a ICtis requirunt, et quando iudex ad acta transmiſſa et partibus praeſentibus inrotulata reſponſum deſiderat. Priori caſu reſponſa iuris prudentum auctoritatem hanc non habent, bene tamen poſteriori caſu, cum eo conſilio ſint transmiſſa, vt reſponſum eorum *deciſiuam* haberet *auctoritatem*, ſiue nomine *iudicis* acta transmittentis, ſiue nomine *collegii* reſponſum conceptum fuerit. Nec aliud euincitur ex *cit. l.* 17. ex qua tantum illud colligitur, variaſſe ICtos quandoque in pronunciando et reſpondendo, non autem, iudicem ab eorum reſponſis in iudicando recedere potuiſſe, cuius contrarium patet ex §. 8. *I. de iur. nat. gent. et ciu.* conf. CARPZOV. *p.* I. *C.* 26. *def.* I.

Artificum iudicia in cauſis, quae fallere poſſunt, non habent vim iudicati. §. XXIX. Altera regula eſt: *Opiniones et ſententiae peritorum artis in iis cauſis, quae fallere poſſunt, nec certitudinem habent, vim iudicati non habent, ſed admittunt probationem in contrarium.* Neque enim, quando tales periti artis veluti medici, chirurgi, obſtetrices etc. ſuper lethalitate vulneris, inſpectione ventris etc. conſuluntur, de iure pronunciant, aut, quid *de iure* pronunciandum ſit, edicunt, ſed illa, quae *ad factum* inſtruendum pertinent, iudici ſuggerunt, vt ita ſine haeſitatione ius ad factum applicare queat. Cum ergo eorum iudicium non ſit *ſententia*, quae applicationem iuris ad facta continet, ſed *nuda informatio* de ipſo *facto*, rei iudicatae vires quoque habere nequit

Digitized by Google

quit, vtut vel maxime, qui iudicium ſuum de inſpectione ventris tulerunt, vlterius progreſſi, quod in iure ſtatuendum ſit, edixerint. Neque enim vt *de iure* ſententiam ferant, conſtituti ſunt, adeoque ſi id faciant, praeter limites officii ſui id faciunt, in quo ipſis nullatenus creditur, nec auctoritas aliqua aſſiſtit CARPZOV. *p.* 1. *C.* 26. *def.* 5. BERLICH. *p. I. concl.* 59. *n.* 35. Breuiter: talia iudicia conſcribuntur ad *nudam informationem* iudicis, contra quae hi, quorum intereſt, merito audiendi ſunt, ſi contrarium probare poſſunt. MEIER in *C. l. A. tit. de re iudic. Th.* 52. MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit.* 34. §. 1. *n.* 306. B. STRYK. *de iure ſenſ. diſp.* 1. *c.* 3 *h. et ſeqq.* MEV. *p. III. deciſ.* 215. *n.* 3. cum in hiſce cauſis etiam peritiſſimi fallere queant *c.* 14. *X. de probat. c.* 6. *X. de frigid. et malef.* Quod ſi iudex ad huiusmodi informationem ſententiam tulit, partibusque debito modo publicauit, hanc itidem in rem iudicatam non tranſire autumat. B. HERTIVS *de inſpect. ocul.* §. 43. vbi diſertis verbis de ſententia a iudice lata, ediſſerit. Sed de hoc merito dubito, cum ſi vel maxime iudicia horum peritorum fallere poſſint, id tamen vigori rei iudicatae haud praeiudicet. Quid enim, ſi iudex ipſemet circumſtantias cauſae non recte ponderauerit, et ita in applicatione errauerit, annon ſententia talis in rem iudicatam tranſire poteſt? Excipio tantum eas cauſas, quae aliis de cauſis in rem iudicatam non tranſeunt, veluti matrimoniales et criminales, quippe in quibus contra iudicia peritorum ſemper admittitur probatio in contrarium, ſi vel maxime ſententia lata eſt.

§. XXX. Denique tertia regula eſt: *Si cauſae de quibus periti fuerunt conſulti, certitudinem admittunt, veluti architectorum et artificum, in his ſententia eorum tranſit in rem iudicatam.* CARPZOV. *p.* 1. *C.* 26. *def.* 4. BERLICH. *cit. concl.* 59. *n.* 35. HERTIVS *cit. l.* BRVNNEMANN. *ad l.* 2. *C. de* *Nec vim iudicati habent artificum iudicia, in cauſis quae certitudinem habent.*

C. de ponderat. et aur. illat. id quod euincunt ex *Nou. VII. c. 3.* Sed hoc rurſus intelligi poteſt aut de eorum *nuda informatione,* quae fit iudici, aut de *ſententia iudicis*, ad illam lata et publicata. Poſteriori caſu res ſalua eſt: ſed priori caſu aliud dicendum arbitror, cum ſententiam proprie haud ferant, ſed de eo, quod ad inſtructionem cauſae ſpectat, iudicem informent, veluti de auri qualitate, de quantitate agrorum et ita porro. Vnde ipſe BEIERVS *in proceſſ. rer. Mechanicarum c. 36. §. 16. n.* 2111. hoc reſtringit (1) ad factam publicationem, *per quam videlicet illis demum publica ſuperuenit auctoritas: cum artifices in ſe meri ſint priuati, quorum videtur, niſi in ea compromiſſum fuerit, neminem ſtringit,* (2) ad iuratam confirmationem MEVIVS *p. VIII. deciſ. 26. Etſi peritorum iudicio in litibus multum tribuendum eſt, haud tamen eousque vis iſtius porrigitur, vt pro iudicato ſit, praeterquam cum ſuper eo ſeu iuxta illud iudicis ſententia acceſſit, citra quam minime in rem iudicatam tranſit. Adhibetur enim artificum iudicium, ad cauſam ſaltem inſtruendam, veritatemque explorandam, ideo ad* PROBATORIA *tantum pertinet: ſuper eo vero ſtatuere iudicum eſt. Quocirca hic integrum non modo quid ei tribuendum ſtatuere, ſed etiam diligenter perpendere incumbit etc.*

Sententiae nullae non transeunt in rem iudicatam.

§. XXXI. Potiſſimum vero ad noſtrum ſcopum pertinent ſententiae, quae nullitate laborant, quae non transeunt in rem iudicatam *l. vlt. C. de ſent. ex peric. recit. clem. 2. §. vt igitur de ſentent. l. 1. C. quoad prou. non eſt neceſſ. l. 1. ff. quae ſent. ſine appell. reſcind.* et ita ad declarandam nullitatem ſemper agi et excipi poteſt. Sicuti autem in omni proceſſu tam ratione *ſubſtantialium* quam *ſolemnium* multa cautione opus eſt, ne ex tot ambagibus, quae circa proceſſum occurrunt, aliquid omittatur vel interuertatur, ita modi, quibus nullitas committi poteſt, ſunt infiniti, quos plena

Digitized by Google

plena manu detexit *Blaſius* ALTIMARVS *de nullit. ſentent.* Ex quo fluit, nihil facilius eſſe, quam effectum rei iudicatae ſententiis ſubtrahere, vtpote quibus nullitates defectusque facili negotio imputari poſſunt, quo ipſo tamen reuera lites ex litibus mouentur et immortales pene fiunt contra legiſlatorum intentionem. Ad hoc malum auertendum, introducta eſt in *R. I. de anno* 1654. §. 121. *ſq.* diſtinctio inter nullitatem *ſanabilem* et *inſanabilem*, ita vt, illa non obſtante, ſententia in rem iudicatam tranſeat; non vero hac. Oritur autem *inſanabilis nullitas* vel ex *perſona iudicis*, ſi iudex eſſet bannitus, iurisdictione omni deſtitutus, vel alias a iudicando remotus: vel ex *perſona litigantium*, ſi non habeant perſonam ſtandi in iudicio, vel alias ſeſe legitimare ad cauſam nequeant: vel ex *defectu ſubſtantialium*, vt ſi citatio, litis conteſtatio, probatioque deficiat etc. Quando vero tantum defectus eſt in meris *ſolennibus*, quae variant, nullitas *ſanabilis* eſt; vtut enim ſolennia proceſſus, melioris ordinis ſeruandi gratia praeſcripta, non ſint negligenda, cum tamen *abſolute* ad proceſſum non requirantur, ſed in quibusdam locis vel aliter ſeſe habeant, vel plane omiſſa reperiantur, imo ſine eis veritas indagari et haberi poſſit, vt ne quidem in cauſis ſummariis attendi debeant, per *clem. ſaepe de V. S.* defectus hic *ſanabilis* dictus eſt. Alibi etiam remedio nullitatis, ſi vel maxime ſententia nullitate inſanabili laborat, breuior terminus eſt praeſcriptus, intra quem proponi debet, alioquin etiam ſententia talis vires rei iudicatae acquirit, prout oſtendit MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit.* 38. *n.* 22. *ſqq.*

Niſi nullitas ſit ſanabilis.

§. XXXII. Huic conſequens eſt, vt ſententia contra rem iudicatam lata, in iudicatam rem tranſire non poſſit *l.* 1. *C. ſent. ſine prouoc. reſc. c.* 20. *X. de re iudic.* quia ex capite rei iudicatae oritur nullitas, eaque inſanabilis, cum talis ſententia aperte ſit contra iura in theſi, vt loquuntur, adeo

Nec ſententia in rem iudicatam tranſit, quae contra rem iudicatam eſt lata.

Digitized by Google

adeo vt haec nullitas a iudice ſit attendenda, ſi vel maxime ne quidem oppoſita fuerit, modo ex actis appareat. Conſil. Marpurg. *Vol. II. conſ.* 30. *n.* 271. Ante omnia tamen conſtare debet: (I) ſententiam primam in rem iudicatam tranſiſſe, et fatalia effluxiſſe: in dubio enim appellatio legitimo tempore interpoſita cenſetur, ſi non conſtat, eam eſſe deſertam, MEVIVS *p.* I. *deciſ.* 256. *n.* 4. *et p. II. deciſ.* 372. *n.* 2. (II) ſententiam primam validam eſſe, nec amplius dubitari de eius validitate: alioquin iudici integrum eſt, de validitate non tantum cognoſcere, ſed praeterea etiam contra eam, quam nullam iudicat, pronunciare: (III) inter eaſdem perſonas ſententiam poſteriorem latam fuiſſe: quodſi *tertius* poſtea ſuperuenit, et quidem pro ſuo intereſſe, reſpectu eius in rem iudicatam minime tranſiuit. Illuſtrabo hoc rationibus decidendi, quas Facultas illuſtris huius loci ſententiae Menſ. April. 1711. latae adiecit, in caſu quo querela nullitatis ſententia in ipſo iudicio impugnabatur. Inter alias enim rationes his quoque vſa eſt: *Und wenn auch das erſte Urthel* in rem iudicatam *ergangen wäre, ſo iſt doch aus denen* Acten *offenbahr, daſs nach der Zeit der Rath zu Giffhorn ſich* principaliter pro ſuo intereſſe *als* interuenient *dagegen opponiret, und daſs der Verkauff der Wieſe nicht beſtehen könne, dargethan. Dahero denn ſolche Urthel auch dieſerwegen nicht beſtehen mögen, ſondern reformiret werden müſſen, da die* exceptio rei iudicatae *dem* tertio interuenienti *nicht opponiret werden kan.* FELINVS *ad c.* 20. *X. de ſentent. n.* 24. etc. Plenius de hac materia agunt FELINVS *ad c.* 20. *X. de re iudic. n.* 16. *ſqq.* TVSCHIVS *lit.* 5. *concl.* 142.

Non tranſit in rem iudicatam ſententia ex iuramento neceſſario lata.

§. XXXIII. Pari ratione huc referunt, quod ſententia ex *iuramento neceſſario* lata non tranſeat in rem iudicatam, cum repertis nouis probationibus retractari queat, id quod fieri haud poſſet, ſi in rem iudicatam tranſiret per *l. admonendi.*

Digitized by Google

nendi 31. *D. de iurei.* Verum interpretes circa hanc materiam admodum diſſentiunt, et de ipſo fundamento *retractationis* non eadem ducuntur ſententia. Plures huc collineant, ſententiam talem quidem in rem iudicatam tranſire, ſed ope reſtitutionis in integrum, quam *ciuilem* dicunt, ſententiam reſcindi, quam ſententiam defendunt MEVIVS *p.* 1. *deciſ.* 13. BRVNNEMANN *ad cit. l.* 31. *n.* 18. aliique. In contrariam abiit ſententiam CARPZOVIVS *p.* 1. *C.* 15. *deſ.* 5. *cum iis, quos allegat* ESBACH. *in not. ad* CARPZ. *c. l.* putatque reſtitutione nulla opus eſſe, ſed talem ſententiam potius ipſo iure nullam eſſe, adeoque in rem iudicatam tranſire haud poſſe. Equidem qui ita diſſentiunt, in effectu non adeo diſſentire videntur, cum in eo conueniant, quod intra 30. annos ſententia retractari queat; nam et illi, qui reſtitutioni hic locum relinquunt, eam *ciuilem* eſſe aiunt, ex conſtitutionibus principum introductam, et ita *perpetuam*: interim an vtraque ſententia diſpoſitioni *cit. l.* 31. conueniat, maior ratio dubitandi eſt. CARPZOVII ſententia admodum improbabilis eſt, neque enim, vnde nullitas, quam ſententiae ineſſe vult, dependeat, apparet, quae ſi adeſſet, ſententia nunquam in rem iudicatam tranſiret, et ita non *interdum* ſed *regulariter* retractari poſſet. Et tamen in *cit. l.* 31. dicitur *interdum permitti ex integro cauſam, agere*, quod indicium praebere videtur, regulariter alias id non permitti, imo in *l.* 4. §. 4. *D. de in lit. iur.* diſerte *magna cauſa* ſupponitur, vt poſt iuramentum in litem, quod itidem *legale* eſt, cauſa retractari queat. Nec quod de *reſtitutione* adfertur, textui congruere videtur, cum eius non fiat mentio, et *conſtitutiones principum*, non *ius praetorium*, vnde reſtitutiones dependent, hic allegentur. Sed res ſalua eſt. Principes in plerisque imitati ſunt praetores, vti totum ius noſtrum oſtendit, et ita non mirandum eſt, quod etiam peculiares adinuenerint *reſtitutiones*, et laeſis ſuc-

ſuccurrerint. Neque enim in *cit. l.* 31. cauſa ex integro agi potuit, *ſine reſtitutione*, qua poſita ſententia liquidum eſt, ſententiam talem regulariter tranſire in rem iudicatam, nec ad praeſentem doctrinam pertinere.

Sententia ex falſa cauſa lata non tranſit in rem iudicatam.

§. XXXIV. Potius huc pertinet ſpecies, quae traditur in *l.* 33. *D. de re iudic.* vbi ICtus ita: *diuus Hadrianus aditus per libellum a Iulio Tarentino, et iudicante ex falſis teſtimoniis, conſpiratione aduerſariorum, teſtibus pecunia corruptis, religionem iudicantis circumuentam eſſe: in integrum cauſam reſtituendam in haec verba reſcripſit. Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iuſſi. Tu, ſi tibi probauerit, conſpiratione aduerſariorum et teſtibus pecunia corruptis oppreſſum ſe, et rem ſeuere vindica, et ſi quae a iudice tam malo exemplo circumſcripto iudicata ſunt, in integrum reſtitue.* Equidem Imperator *reſtitutionem* indulget, adeoque ſententia in rem iudicatam tranſiiſſe videtur, ſalua tamen reſtitutione in integrum. Verum non raro illud quoque *reſcindendum* eſſe dicitur, quod *nullum* eſt, quoniam iudex ante omnia deſuper cognoſcere, et probata fraude, ſententiam latam reſcindere, vel nullam declarare debet, quo facto cauſa in priorem ſtatum reuera reſtituitur. Et quid clarius eſt, quam Modeſtini aſſertum in *l.* 11. *D. de except.* negantis ex tali ſententia exceptionem rei iudicatae naſci, ſeu eam tranſire in rem iudicatam? quin quod et aliis ex locis euidens ſit, ſententiam ex falſis inſtrumentis latam *nullam* eſſe *t. t. C. ſi ex falſ. inſtrum.* Vnde generaliter adſerunt, ſententiam, cuius cauſa falſa eſt, nullam eſſe, adeoque non tranſire in rem iudicatam. BRVNNEM. *lib. III. de iur. eccleſ. c.* 9. §. 10. qua de cauſa plures iudicem fatuvm eſſe aiunt, qui rationem deciſionis ſuae edit, quia ſi ea falſa eſt, ſententia in rem iudicatam haud tranſit, MEIER *in C. I. Arg. tit. de ſent. et de re iudic. th.* 67. Ante omnia tamen reſpiciendum ad cauſam, quae falſa eſſe dicitur:

plures

Digitized by Google

plures vt plurimum adiiciuntur rationes decidendi, quarum quaedam ſunt *principales*, quaedam *illuſtrantes* tantum et *ſecundariae*. Si hae vel maxime falſae ſunt, nihilominus tamen ſententia in rem iudicatam tranſire poteſt. Aſt ſi principalis, primaria, et adaequata falſa eſt, ſecus dicendum. SERAPHINVS DE SERAPHINIS *de priuil. iuram. priuil.* 107. *n.* 7. CARPZOV. *in proc. tit.* 16. *art. I. n.* 71. *ſq. et lib. III. reſp.* 98. *n.* 16. Atque huc collineat quoque ius canonicum variis in textibus, inprimis in *c. cum Bertholdus*. 18. *X. de ſent. et re iudic.* vbi pontifex ex tenore ſententiae latae infert, iudicem variis modis circumuentum eſſe, talesque rationes decidendi adductas fuiſſe, quae cum rei veritate haud conuenirent, adeoque ſententiam annullandam iudicauit. Haec forſan ratio fuit, quod olim ICti reſponſa ſua vt plurimum, rationibus non expreſſis, dederint, ne alias impugnari poſſent. *Et ideo*, ait ICtus in *l.* 21. *D. de LL. rationes eorum, quae conſtituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa ſunt, ſubuertentur.* Loqui ICtum de reſponſis prudentum, expeditum eſt, pleniusque probat FELTMAN *in comment.* ad *cit. l.* docetque ex SENECA, olim etiam reſponſa eorum ſine rationibus valuiſſe. Proinde huc recte applicari poteſt vulgatum illud: *non expreſſa non nocent, quae ſi expreſſa fuiſſent, nocere poſſent.* Reuera enim rarius ſententiae in rem iudicatam tranſire poſſent, ſi non expreſſis rationibus decidendi, litigantibus integrum foret, in rationes inquirere, et earum falſitatem deducere, quod tunc demum iis integrum eſt, ſi *expreſſae* fuerint. Priori caſu enim ſemper pro iudice praeſumendum, quod legitime ſententiam protulerit. *c.* 6. *X. de renunc.* quod caſu ſuperiori ceſſat, ſi ex rationibus adiectis in continenti contrarium euinci queat.

Digitized by Google

An ſententiae abſolutoriae in rem indicatam tranſeant, ſi pronunciatum ſit actorem non probaſſe.

§. XXXV. Vlterius contendunt Dd., ſententiam *mere abſolutoriam*, qua pronunciatum eſt, non de iure rei, ſed de non iure actoris, ſeu quando reus ideo abſolutus eſt, quod actor non probauerit, non tranſire in rem iudicatam. BRVNNEMANN *de proc. ciuil. c.* 27. *n.* 72. MARTINI *ad proc. Saxon. tit.* 34. *n.* 326. MEVIVS *p. III. deciſ.* 308. *n.* 9. Formant hanc concluſionem ex *l.* 15. *D. de except. rei iudic.* vbi ICtus in hereditatis petitione inſtituta diſtinguendum eſſe iudicat, vtrum rei eſſe hereditatem pronunciatum ſit, an contra. Priori caſu denuo agenti obſtat exceptio rei iudicatae, non vero poſteriori, quia ita nihil de iure actoris pronunciatum eſt. Verum ſi textus recte ponderatur, poſterius membrum ad concluſionem ab initio poſitam quadrare minime videtur. Praeſupponit ICtus, ita tantum eſſe pronunciatum: *hereditatem rei non eſſe*, quod patet ex verbis vltimis *cit. l. ſi vero meam non eſſe*, quo ipſo de iure actoris primario non erat iudicatum, aſt ſi actor non probat, quod probandum eſt, et ideo reus abſoluitur, vtique de iure actoris per indirectum pronunciatur, quia non apparere et non eſſe, in iure pro paribus habentur. *l.* 30. *D. de teſtam. tutel.* Equidem quidam diſtinguunt, vtrum probationi terminus probatorius praefixus ſit, nec ne? priori caſu ſententiam talem in rem iudicatam tranſire autumat BRVNNEM. *cit. l. in f.* quod indubium eſt; non vero poſteriori. Aſt idem quoque dicendum arbitror in hoc caſu, cum alioquin nullus finis litium foret, propter quam cauſam tamen auctoritas rei iudicatae introducta eſt. Quin quod ſub ſpecie nouorum inſtrumentorum poſtea repertorum res iudicata reſcindi non poſſit per *l.* 4. *C. de re iudic. l.* 27. *D. de except. rei iudic.* quod tamen admittendum eſſet, ſi ideo reus abſolutus eſſet, quod actor non probaſſet, cum per inſtrumenta nouiter reperta intentionem ſuam iam proba-

Digitized by Google

probare poſſet. Vnde concludo, ſententiam talem, qua pronunciatum eſt, actorem non probaſſe, indiſtincte transire in rem iudicatam.

Cauſae beneficiales non tranſeunt in rem indicatam.

§. XXXVI. Superſunt cauſae *eccleſiaſticae* et *criminales*, quae in rem iudicatam vel ideo haud tranſeunt, quod priuatam vtilitatem ſingulorum haud concernant. Proinde *a*) *cauſae beneficiales*, quae beneficia eccleſiaſtica aliaque ad eccleſiam ſpectantia iura concernunt, ſemper retractari poſſunt, nec ſententia in iis lata in rem iudicatam tranſit. Equidem contrarium colligendum eſſe videtur ex *c.* 32. *in f. de elect.* in quo textu caſus occurrit de *cauſa beneficiali*, et tamen additur, *ſententiam in rem iudicatam tranſiiſſe*, *cum infra decendium non fuerit legitima provocatione ſuſpenſa.* Verum cum *cauſae beneficiales* publicis aequiparentur, et aeque fauorabiles ſint ac matrimoniales, diſtinguendum eſſe videtur, vtrum ſit quaeſtio *de iure priuati*, qui ſuccubuit, an vero *de iure eccleſiae*. Quoad illum tranſit in rem iudicatam, quippe qui iuri ſuo renunciare potuit, dum non appellauit FELINVS *in c. lator de re iudic. n.* 14. GONZALEZ TELLEZ *ad c.* 32. *in f. de elect. n.* 5. WIESTNER *inſtit. iur. can. tit de ſent. et re iudic. n.* 80. Sed quoad eccleſiam in rem iudicatam haud tranſit.

Sententia matrimonio lata in rem iudicatam non tranſit.

§. XXXVII. Similiter (*β cauſae matrimoniales*, ſiue contra ſiue pro matrimonio actum ſit, in rem iudicatam ex ſententia iuris canonici non tranſeunt. *c.* 7. *c.* 10. *X. de ſent. et re iudic. c.* 5. *et* 6. *de frigid. et malef.* Quod ſi enim *pro matrimonio* ſententia lata eſt, quod tamen inceſtum in ſe continere ex poſt facto deprehenditur, ſententia et res iudicata faceret, vt coniuges in perpetuo viuerent

Aaaa 2 pecca-

peccato. *c.* I. *X. de ſent. et re iudic.* Interim ſola confeſſio de conſanguinitate non ſufficit, ſed legitima probatio eius deſideratur *c.* II. *X. eod.* Breuiter, quando ex poſt facto apparet, rem iudicatam *delictum publicum* nutrire, v. c. polygamiam, inceſtum, retractari poteſt GAIL. I. *obſ.* 112. *n.* 2. 3. Extra hunc caſum vtique tranſit in rem iudicatam, ſi contra eam nullum impedimentum canonicum allegari poteſt, tum ſi pro validitate ſponſaliorum pronunciatum, tum etiam ſi de ipſo vinculo matrimonii iam antea contracti ſententia lata eſt. BEVST. *tr. de matrimon. c.* 39. GAIL. *cit. l. n.* 5. WIESTNER. *cit. l. n.* 71. Hoc poſito etiam poſt lapſum decendii nouae probationes admittuntur, quae alias admitti haud poſſent. GAIL. *cit. l. n.* 6. quae tamen debent eſſe grauiſſimae, cum pro tenore ſententiae merito praeſumendum, adeoque exſecutio eius plane eo ipſo haud impediatur.

Nec contra matrimonium lata in rem iudicatam tranſit.

§. XXXVIII. Ex eodem fundamento inferunt, ſententiam *contra matrimonium* latam haud tranſire in rem iudicatam, quippe quod vinculum indiſſolubile ex conceptu ſacramenti inducit de iure canonico, quod diſſolui nullo modo ab hominibus poteſt. Inde fluxit deciſio curioſa in *c.* 6. *X. de frigid. et maleſ.* in quo ſpecies huiusmodi occurrit. Contractum erat matrimonium inter Titiam et Lucium, et cum per multos annos ab eo Titia cognoſci haud potuit, petiit ſententiam diuortii. Decreta eſt inſpectio ventris a iudice eccleſiaſtico; inſpicientes mulieres, facta inſpectione, aſſeruere, eam inidoneam eſſe ad amplexus coniugales; inde matrimonium diſſolutum eſt. Contigit vero ex poſt facto, Titiam cum alio contrahere matrimonium, ex quo mox grauida facta eſt, itaque apparuit, illam non fuiſſe inhabilem ad matrimonium. Reſpondit ponti-

Digitized by Google

pontifex, prius matrimonium redintegrandum eſſe inter Lucium et Titiam, cum ſententia contra matrimonium lata in rem iudicatam non transeat. Mira ſane eſt haec deciſio, et vnice ex falſa hypotheſi de ſacramento matrimonii fluxit. Reuera enim ita plura inde incommoda fluunt. Quid enim ſi Lucius interim etiam aliam duxiſſet? Sane ex hac deciſione matrimonium ſecundum Lucii eſſet diſſoluendum, et pariter Titia quoque a poſteriori marito ſeparanda, et denique omnia in priorem ſtatum reducenda, quae omnia tamen in manifeſtam aliorum iniuriam tendunt. Admitterem, *re adhuc integra*, coniuges per errorem ſeparatos cogi poſſe, vt comperto errore, cohabitarent; aſt, re ita non amplius integra, contrarium ſtatuendum eſſe aſſererem, cum ſententia contraria cum ſumma aliorum iniuria coniuncta ſit, nec quod per ſententiam iudicis, inſpicientiumque iudicium et ſic publica auctoritate approbatum eſt, temere reſcindendum in praeiudicium aliorum. Eſt quidem matrimonium indiſſolubile, hoc ſenſu, vt temere et ſine iuſta et praegnante cauſa diſſolui nequeat, quae tamen in caſu adducto non defuit, vbi contra matrimonium iudicatum eſt. Quae cum ita ſint, apparet, hanc quoque concluſionem fluxiſſe ex reprobato principio de *ſacramento matrimonii*, vnde pontificii indiſſolubilitatem matrimonii deducunt, et ita non temere inter proteſtantes in conſequentiam trahenda.

§. XXXIX. Proinde quoque trahi nequit ad *ſponſalia* ſiue ſint *de praeſenti* ſiue *de futuro:* Vtut enim pontificii idem *de ſponſalibus de praeſenti* aſſerant, quod de ipſo ſtatutum eſt coniugio, proteſtantes tamen talia ſponſalia haud habent, quin potius eorum ſponſalia de praeſenti non alia ſunt, quam quae pontificii de futuro dicunt, quae diſſolui *Bene tamen contra ſponſalia.*

poſſunt, *c.* 2. *X. de ſponſal.* prout plenius DN. PRAESES diſſ. *de incommoda applicat. diſtinct. inter ſponſalia de praeſ. et de fut. in foris proteſtant.* oſtendit.

Nec latae in criminalibus in rem iudicatam tranſeunt.

§. XL. Denique ſententiae latae in criminalibus etiam in rem iudicatam non tranſeunt: et quidem diſtinguendum eſt inter *abſolutoriam* et *definitiuam*. Illa in fauorem inquiſiti tranſit in rem iudicatam, vt tamen ob noua emergentia indicia inquiſitio repeti queat. *l.* 6. *C. de accuſ.* GRANZIVS *de defenſ. reor. c. VI. m.* 2. *ſect.* 2. *art.* 12. Haec vero in rem iudicatam non tranſit, hoc effectu 1) vt inquiſitus ad nouam adhuc admitti poſſit defenſionem, adeo vt ſi vel maxime reus poſtea confeſſionem retractet, adhuc audiendus ſit. *art.* 91. *C. C. C.* GRANZIVS *cit. l. n.* 214. 2) vt ſi vel maxime condemnatus et poenae iam ſubiectus fuerit, quae tamen reſtitutionem admittit, audiendus ſit, ſi innocentiam ſuam demonſtrare velit, qua demonſtrata, ex capite *innocentiae* plene reſtituendus eſt. *Vid. t. t. D. de reſtitut. et ſentent. paſſ.*

CLARISSIMO DOMINO CANDIDATO

GEORGIO WILHELMO SCHRÖDERO

Bielefelda Weſtphalo

S. P. D.

PRAESES.

Ad praxin properas, Clariſſime Candidate, magiſtram iuris ſolidam, quaeque demum vſum eorum, quae in Academiis tradita ſunt, docet inculcatque. Mente enim tecum optime reputaſti, non nudae SPECVLATIONIS *gratia, quod Leguleiorum eſt, iura addiſcenda eſſe, ſed vnice*

Digitized by Google

vnice propter applicationem ad negotia in ſocietate ciuili obuenientia, ex qua demum ſolida iuriſprudentia perficitur, quaeque ICtum conſtituit, et a Leguleio diſtinguit. Prudenter vero et bene tum in hac tum in Salana Academia rem tuam egiſti, teque illis diſciplinis dediſti, quae te ad futuram praxin praeparare et inſtituere potuere. Noſti vtique, eos, qui ſuperficiariam iuri operam dant, et admodum ieiuni et non ſatis praeparati ad praxin prouolant, multum nocere rebus iudiciariis, et rabularum numerum implere, a quorum moribus ſemper abhorruiſti. Proinde perſuaſiſſimum habeo, Te tum ob integritatem morum, quibus aliis palmam dubiam facis, tum ob doctrinae elegantiam, qua omnibus commendatus es, digniſſimum eſſe, cui honores Academici conferantur, quos Academia Fridericiana eo promtius Tibi confert, quo laudabilius curſum ſtudiorum Tuorum tranſegiſti. Gratulor Tibi ex animo de exantlatis, felicibus auſpiciis, laboribus, ſimulque in votis habeo, vt praemia, quae iam Tibi conferenda ſunt, Tibi anſam ſuppeditent, oppreſſis per tramitem iuſtitiae ſuccurrendi, iniuſta declinandi, et ita Deo, patriae et proximo, qui Tuo auxilio indiget, promtiſſime inſeruiendi. Dab. e muſ. d. 6. *Nou.* 1713.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXVIII.

AD LIB. XLII. PAND. TIT. V.

DE

CONCVRSV EXTRA CONCVRSVM CREDITORVM.

ARGVMENTVM.

I. Concurſus actionum, perſonarum, quid? II. Natura concurſus creditorum. III. De concurſu plurium litigantium extra illum, IV. qui vel mediante interuentione tertii, vel citra eam oritur. V. Interuentio quid? huius fundamentum. VI. Eſt vel principalis vel acceſſoria. VII. De concurſu plurium actorum ex iure proprio eandem rem petentium. VIII. In hoc concurſu regulariter opus non eſt citatione edictali. IX. De concurſu ſponſalium et matrimoniorum, X. expectatiuarum, XI. plurium heredum, XII. legatariorum, XIII. plurium creditorum in executione. XIV. plurium actorum in rei eiusdem vindicatione, XV. poſſesſione, XVI. ſeruitutibus. XVII. depoſito. XVIII. in contractibus in genere. XIX. in actione Publiciana. XX. De concurſu in ſubhaſtatione. XXI. circa iuramenta, XXII, circa hereditatis diuiſionem. XXIII. circa electionem. XXIV. circa plura fora. XXV. circa praecedentiam ſtatuum Imp. XXVI. circa feuda, ſi plures concurrunt domini, XXVII. vel plures vaſalli et ſimultanee inueſtiti.

§. I. Va-

§. I.

Varius ac *multiplex* eſt vel ſaltim eſſe poteſt concurſus, variaque legum de illo diſpoſitio et applicatio. Tam etſi enim *notio* vocabuli vbique eadem ſit, et per *concurſum* ſemper *coniunctio plurium entium* denotetur, vſus tamen legum alius in hoc, alius in illo eſt, prout vnus magis quam alter ſtatum *publicum* et *priuatum* inter ſubditos, propter quem leges latae, afficit. Vt illuſtrandae huius rei gratia tantum in iure *priuato* ſubſiſtamus, ex legibus *romanis* palam eſt, concurſum 1) vſurpari de *actionibus* pluribus alicui ad perſequendum ius ſuum competentibus. Concurrere videlicet dicuntur actiones dupliciter, *electiue*, et *cumulative*. Prius fit quoties ex pluribus actionibus idoneis vna *tantum* experiri licet, qua in iudicium deducta, *reliquae* omnes *conſumuntur* nec ad illas datur regreſſus. *l.* 43. §. 1. *de R. I.* Poſterius, quoties *omnibus* experiri licet; aut *ſimul*, veluti ſi actio rei perſecutoria cum poenali ex eodem facto concurrit, ceu de actione furti, rei vindicationem aut condictionem furtiuam non excludente, traditum eſt: *l.* 54. §. 3. *de furt.* aut *ſucceſſiue*, de qua ſpecie accipiendus eſt PAVLVS *in l.* 41. §. 1. *de O. et A.* cum VLPIANO *in l.* 60. *eod. l.* 30. *de R. I.* imo ipſo IMPERATORE *in* §. *fin. I. ſi quadrup. paup. fec. dic.* quando ſtatuunt: *Nunquam actiones praeſertim poenales de eadem re concurrentes aliam alteram conſumere.* Quod tamen non alio ſenſu capiendum, quam vt ſi ea actione, qua *minus* conſequimur, actum, et ſuperſit altera, non in ſolidum et totum, verum deducto eo quod *priori* actione quis conſequutus, ea locum habeat, quomodo de actione legis *Aquiliae* et *commodati* reſponſum *in l.* 7. §. 1. *commod.* de actione *furti* et *vi bonorum raptorum* in *l.* 88. *de furt.* Praeterea 2) *perſonae* concurrere dicuntur, quoties plures in *communionem* alicuius rei incidunt. Talem concurſum agnoſcit VLPIANVS

Concurſus multiplex eſt et pertinet.

ad actiones

perſonas

Digitized by Google

in *l.* 1. §. *fin.* et AFRICANVS in *l.* 3. *pr. de vſufr. accreſc.* quum pluribus *vſusfructus* eiusdem rei in *ſolidum* legatus, cuius concurrentiae *effectus* in *iure accreſcendi*, deficiente vno, conſiſtit. Idem ad *proprietatem* pluribus legatam applicat CELSVS in *l.* 80. *de legat.* 3. et *partes concurſu fieri* in re legata ſcribit. Similiter ſi plures *damni infecti* nomine in aedes ruinoſas immittuntur, aequaliter omnes, quaſi in totas miſſi, *partes concurſu habebunt. l.* 15. §. 18. *de damn. infect.* iura 3) *Iura* varia in *vna* eademque perſona ſimul concurrunt, vt ex *duplici* cauſſa quis vel alterum obligatum habeat vel ius aliquod contra eum ſibi aſſerere poſſit. Tale quid occurrit in *adoptione* plena, quum auus nepotem in poteſtatem accipit: nam in hoc caſu *quia concurrunt in vnam perſonam et naturalia et adoptionis iura, manet ſtabile ius patris adoptiui et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo conſtitutum vt in familia et poteſtate patris adoptiui ſit.* §. 2. *I. de adopt.* Eodem modo dum quaedam *cognationes* iure *ciuili*, quaedam iure *naturali* connectuntur, aliquando *vtroque* iure concurrente, copulatur cognatio. *l.* 4. §. 2. *de grad. affin.* Et quis hoc poſito dubitabit *duas* obligationes de *eadem* re in *eadem perſona* concurrere poſſe, veluti quum is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem ex *alia* cauſſa debitorem habet, *heres* extiterit; duae enim tunc concurrunt actiones, *propria* et *hereditaria*, qua de ſpecie agit VL- *res qualescunque* PIANVS in *l.* 10. *de act. emt. vend.* Ad haec 4) omnes *res*, quae *coniunctim* adſunt, vel adeſſe debent, hoc ipſo *concurrere* dicuntur, efficiuntque, vt quae *ſingula* non proſunt, *coniunctim* proſint. qua de re elegans ſpecies occurrit in *l.* 57. §. 1. *de ritu nupt.* vbi, poſtquam liberis quaeſtio *ſtatus* mota erat, ſed variae circumſtantiae illis proderant, in reſcripto ibidem relato hunc in modum deciditur: *idcirco quum haec omnia in vnum concurrunt confirmamus ſtatum*

Digitized by Google

ſtatum liberorum veſtrorum in eo matrimonio quaeſitorum. Et ſicuti omnia negotia ac remedia ſuis conſtare debent requiſitis; ita hoc ad actionem *publicianam* applicaturus VLPIANVS in *l.* 7. §. 26. *de publ. act.* bonam fidem, traditionemque rei amiſſae ad effectum actionis publicianae inſtituendae *concurrere* debere ſcribit. Non diſſimilem circumſtantiarum concurſum in pacto *maioris partis creditorum* cernimus, quod tanto magis valet, ſi non ſolum pro modo *debiti*, verum etiam pro modo *perſonarum maior pars* in transactionem conſentit, et ſic ex *duplici* capite vota maiora concurrunt. *l.* 8. *de pact.* Denique 5) et *creditores* qui contra eundem debitorem agunt concurrere dicuntur, ſiue quod quilibet *ſeparatim* creditum ſuum, debitore ſoluendo exiſtente, perſequatur, ſiue quod *omnes*, eo ad incitas redacto, *ſimul* de *prioritate* litigent, qua de re exempla occurrunt in *l.* 7. *pr. qui pot. in pign. hab. et l.* 3. §. *fin. de in rem verſ.* *Inprimis plures creditores*

§. II. Quamuis vero abſtrahendo a conditione debitoris, qui ſoluendo eſt vel non, in exigendis debitis ſimul *concurrere* dicantur omnes creditores in ſenſu *ſtricto* et eminentiori, tamen, quoties hodie de *concurſu creditorum* loquimur, tantum eam ſpeciem, qua debitor ad *incitas* redactus eſt, intelligimus. Conſiſtit is in *complexu actionum plurium creditorum contra eundem debitorem non ſoluendo exiſtentem cum prioritatis deductione motarum.* Tria ergo ſunt momenta, quae ad indolem huiuſcemodi concurſus pertinent. *Primum* omnino in exiſtentia *plurium* creditorum quaerendum, quum ſi vnus tantum creditor prodit, is quidem *primus* concurſum, inter reliquos poſtea formandum, excitare poſſit, vt exemplo *mulieris*, dotem repetentis, illuſtrat LEYSER *ſpec.* CCCXVII. *n.* 1. ſolus autem per rerum naturam eundem conſtituere nequeat; nec etiam *plures vna eademque* actione inſtructi praeſentem concurſum *Quid ſit concurſus creditorum? Quae eius indoles?*

Digitized by Google

conſtruant, vt circa correos ſtipulandi vel plures *litis conſortes* contingit, niſi quilibet ex pluribus *diuerſum* debitum proſequatur, maxime quum ſine hac circumſtantia concertatio ſuper *prioritate* ſuſcipi nequeat, quae tamen ad *eſſentialia* eius concurſus ſimul pertinet. *Alterum* quod huic concurſui proprium eſt momentum, eo tendit, vt debitor *ſoluendo* eſſe *deſierit:* alioquin iſte concurſus eo minus admittitur, quo certius eſt, *famam* debitoris, cui omnino ſeruiendum, eo ipſo multum periclitari §. 1. *l. qui et ex quib. cauſ. man.* eumque *in ignominioſam vitam incidere*, vt ait IVSTINIANVS *N.* 135. *pr.* conf. CICERO *pro Quintio c.* 15. imo debitorem ipſum, vel creditores, quibus pleniſſime ſatisfieri potuiſſet *ſumtuum*, qui concurſum comitantur, multitudine grauiſſime *onerari*, quod temere et ceſſante vrgente neceſſitate ferendum non eſt. Recte itaque et pie: *repugnare pietatis officio, debitori vltra grauem eſſe quam neceſſe eſt*, ait IMP. *in N.* 4. *c. fin.* eoque ipſo docet, quam *diſcretus* iudex, in *aperiendo reiiciendoque* creditorum concurſu, eſſe debeat. Quid enim cauſſae foret ea impedire velle, quae creditoribus non *nocent*, debitori vero *proſunt* et ſic *vtriusque* ſatisfactionem quam maxime promouent? MEV. *p.* I. *dec.* 112. Soluendo autem tunc debitor eſſe cenſetur, ſi vel *manifeſte*, vel *veriſimiliter* creditoribus ex bonis ſuis *ſatisfacere* ſe poſſe, probare valet, de quo tanquam quaeſtione *praeiudiciali* cauſſae cognitio omnino interponenda, MEV. *p.* VIII. *dec.* 59. et in dubio *humanior* ſententia merito praeferenda. *l.* 8. *de pact. l. fin. C. qui bon. ced. poſſ.* *Tertium* momentum in ipſo *ordine* iudiciario colloco, mediante quo concurſus creditorum inſtruitur. Is autem *duobus* capitibus abſoluitur, quorum *primum* ad deductionem creditorum, *alterum* ad prioritatis probationem pertinet. Vtrumque caput de *eſſentia* concurſus praeſentis eſt, et ſuis *propriis* rationibus conſtat, quum, alterutro omiſſo

Digitized by Google

omiſſo *diuiſio* bonorum inter creditores, cuius gratia concurſus excitatur, per rerum naturam ſuſcipi nequeat. Quo *gradu* autem, quibusue *praecautionibus* et legibus hoc fiat, huius loci non eſt latius exponere, ſed generaliora adduxiſſe ſufficit, vt inde cum *ſingularis* praeſentis *concurſus* indoles, tum ingens *aliorum* concurſuum diuerſitas, de quibus in ſequenti agendum, in oculos incurrat.

§. III. Quod hactenus de *concurſu creditorum* aſſerui; grauiſſimam ibi de *prioritate* inter plures concertationem eſſe ſolere, id aeque etiam *extra* eundem contingere poteſt. Vti enim creditorum *moto concurſu* agentium communis intentio eo directa eſt, vt quia *omnibus* aeque ſatisfieri nequit a debitore ad incitas redacto, ex *priuilegio* alioue iuris fundamento, quis alteri *cedere* debeat, quiue ſpem *recipiendi* crediti ſui ſibi facere poſſit, eruatur: ita quoque quoties alias plures ad *eundem* finem tendunt, qui ab vno alteroue *tantum* obtineri poteſt, non poteſt non grauiſſima contentio, de *praerogatiua*, ſecundum quam pro alterutro pronuntiandum, oriri. Certant enim plures nonnunquam de eadem re *in ſolidum*, quae vel diuidi nequit, vel licet diuidua ſit, *tota* tamen a *quolibet* vrgetur; et tunc natura rei poſtulat, vt quia bis eadem adiudicari vtrique nequit punctus *prioritatis* litis finiendae cauſſa inter eos definiatur, et res litigioſa vni adiudicetur, quod iam paucis illuſtrandum. *Extra hunc ſaepe plures de iure potiori litigant.*

§. IV. Quicquid tamen ſit, ſola lis illa ad *duo* ſumma capita redit. Aut enim inter duos de re aliqua praeſtanda vel facienda controuerſia eſt, cui vnus vel plures *interueniunt*; aut plures, citra interuentionem, contra eundem reum, de eadem re ex diuerſis prorſus iuribus *ſeparatim* ac *principaliter* agunt, et de *prioritate* aeque ac in *concurſu creditorum* certant. Priori caſu interueniens litem motam interrumpit, et actorem *vincere* ſatagit in obtinendo eo, *Siue quod alterutri interueniat, ſiue quod vterque principaliter agat.*

 ſuper

Digitized by Google

ſuper quo cum reo hactenus litigatum, quod aliter fieri reſpectu actoris nequit, quam ſi de vtriusque iure conſtiterit et eorum quilibet *praerogatiuas* iuris ſui contra alterum euicerit, quod ipſum *prioritatis deductionem* vocamus. Quod autem diximus ius *vtriusque*, actoris ac interuenientis, hic ſupponi, non eo accipiendum ſenſu, vt ſine eo interuentioni nullus detur locus. Nam ſaepe *interueniendo* concurrunt, quibus nulla *iuris* ratio ſuffragatur, quiue ideo in lite poſtea ſuccumbunt. Quia vero de eo ſub *initio* litis conſtare nequit et tamen quilibet ius aliquod *praetendit*; euenit, vt in *obſcuro* concurſus tamdiu admittendus ſit, donec, auditis vtrinque partibus, iudex alterutrum actorem vel interuenientem ob defectum iuris *praetenſi* a limine iudicii repulerit. Nonnunquam vterque ius *certum* et *radicatum* ad rem litigioſam habet, ſed cui *antiquius*, *fortius* et *pinguius* ius competat, quique inter hos *praeferendus* ſit, non conſtat, quo caſu de hac qualitate inter concurrentes *primario* litigandum. Breuiter: ius *verum*, vel *apparens*, et praetenſum plurium fundamentum iſtius concurſus conſtituit. Poſteriori caſu omnes *aeque principaliter* agunt et vel *ſimul*, vel *ſucceſſiue* iura ſua perſequi intendunt ſiue coram *eodem* ſiue coram *alio* iudice aeque competente, quo caſu itidem ſine *prioritatis* deductione, qua, vter alterum vincat, eruitur, lis definiri nequit.

Quid interventio? §. V. Sic ergo concurſus, mediante *interuentione* ſuſcipitur, quae nihil aliud eſt quam *tertii cuiusdam ad litem inter alios coeptam ob intereſſe proprium facta acceſſio*. Supponit itaque iſte concurſus litem inter alios iam *motam*, et necdum ad finem perductam. Quodſi enim lis nondum pendet, ſed tantum *imminet*, is qui rem aliquam iam *actualiter* litigioſam facit, *actoris* non *interuenientis* nomine venit, quantumuis *praeter* illum, pluribus ius animusque fuerit, de re *eadem* mox concertandi, qui hoc ipſo, dum moras

moras nectunt, ab illo occupantur, non autem *interueniendo* in lite turbantur. Eodem modo qui lite plena *finita* praetenſum ius ſuum perſequitur, *ſolus* cum victore concertare ſatagit, litem ex lite mouet, adeoque non *concurrit*, quod interuentioni proprium. Quemadmodum vero qui litigat, *fundamento* quodam inſtructus eſſe debet: ita quoque *interuenientem*, dum ad litem iam inter alios motam accedere vult, *cauſſam* aliquam et *intereſſe* ſeu *ius perfectum* in promtu habere oportet, per quod illum concurſum fundare, ac firmare poteſt. Vti enim nemo ius ſuum indefenſum relinquere tenetur, *l.* 40. *pr. de hered. pet.* nec quae inter alios aguntur, alteri praeiudicare poſſunt. *l.* 74. *de R. I. l.* 9. *de liberal. cauſ.* eaque *ſola* ratione cuilibet permiſſum liti eatenus intercedere, late id probante COTHMANNO IV. *Reſp. IV. n.* 129. ita e contra *cauſſa* iſta *ſublata*, nulla ratio, ob quam *intercedens* audiendus ſit, in promtu eſt; quin potius difficultatum et *inanis* morae tollendae cauſſa aequum eſt, vt talis in grauem litigantium *iniuriam* tentatus concurſus prorſus reiiciatur. Idque non tantum teſtatur MARCIANVS *in l.* 5. *pr. de appell.* ſed ſub eleganti ſpecie illuſtrat AFRICANVS in *l.* 34. *ſolut. matrim.* vbi *patri* dotem repetituro actionem *denegandam* eſſe tradit, niſi probet, filiam in *poteſtate* eſſe, et ipſi conſentire. Eoque concors interpretum ſententia pertinet, qua *religioni iudicantis* ſedulo inculcant probationem eius, quod interuenientis *intereſt*, ne *cauillationibus* litigantium temeraria cuiuscunque immixtione cauſſa detur CARPZ. *P. I. C.* 3. *d.* 30. GAIL. I. *Obſ.* 69.

§. VI. Interim prout intereſſe interuenientis *variat*, ita quoque *diuerſum* effectum interuentio producit. Eſt enim alia *principalis*, alia *ſecundaria*. Vtraque aeſtimatur ex *fine*; et hic iterum ex diuerſa *qualitate* iuris, ob quod prouocat tertius. Videlicet hoc *cohaeret* cum iure principalis liti-

Eſt principalis vel acceſſoria.

litigatoris, ſiue quod ab illo veluti principali *dependeat*, ſiue a iure vtriusque litigatoris ita *ſeparatum*, vt ne quidem per conſequentiam cum iure partis connexum ſit. Illo caſu vocatur *acceſſoria*, ſi tertius reo conuento *aſſiſtat*, eiusque cauſſam ob praeiudicium inde *dependens* ſimul defendat, qualis eſt *legatarius*, mota ſuper *hereditate* quaeſtione, pro iure *legati* interueniens: *l.* 29. *de inoff. teſtam.* ſiue alius quilibet, cui ob *euictionem* lis a reo denunciata eſt. Hoc caſu vero dicitur *principalis*, quia *neutrius* ex litigantibus victoria concurrenti quicquam profutura eſt, isque *per ſe* tale ius habet, quod cum effectu in litem deducit, vt nulli litigantium *adhaerere* teneatur ſed magis vtrique vtplurimum contradicat. Ibi concurſus neutrum ex litigantibus, quibuscum concurrit, *ſubmouet*, ſed tantum operatur, vt interueniens alterutri *adhaereat*; hic vero interuentio ad *ſubmouendum*, et *excludendum* alterutrum, vel vtrumque vſurpatur, de qua ſpecie elegans exemplum habes apud AFRICANVM in *patre*, cui ſoluto matrimonio de *dote* acturo, *filia* intercedit, actionem *ſibi*, non *patri* deberi, aſſerens, quo probato, patrem ab agendo excludit. *l.* 34. *ff. ſolut. matrim.* Ibi intercedens eſt perſona *minus principalis*, nec vrgere poteſt, vt alteruter ex litigantibus ſe cum eo committat; LEYS. *ſpec.* CCXLI. *n.* 3. hic vero tertius vt *litigans* conſideratus, omnia ex *integro* agit, adeoque in *eum* quoque ſententia pronuntiatur, vt ex formulis ſententiae apparet, quas exhibet CARPZ. *in proc. tit. IV. art.* 2. *n.* 4. Quae omnia quantum ſatis euincunt, multis modis vtrumque concurſum differre.

Quid ſi plures aeque principaliter agendo concurrant?

§. VII. Aliud omnino dicendum, ſi abſque *interuentione* plures concurrunt contra eundem reum, propter rem, quae tantum *vni* adiudicari poteſt. Tunc enim *neuter* interuenit, ſed quilibet *ſeparatim* principaliter agit, licet hoc cum interueniente *commune* habeat, quod alterum *ſummovere*,

vere, et viam ad victoriam *priuatiuam* ſibi parare intendat. Ex quo porro conſequitur, vt cum hocce concurſu pugnet, ſi vterque *ſimul*, et *eodem tempore* actionem proponit, quum e contrario interuentioni hoc *proprium* ſit, vt lite iam mota, ac *pendente* proponatur tanquam cauſſa *incidens*. Poteſt quidem praeſens concurſus etiam *ſucceſſiuus* eſſe, nec vno eodemque tempore emergere; poteſt tamen quoque *ſimultaneus* eſſe: ſed nulla interuentio cum lite principali *ſimul* ſuſcipitur, verum ſemper inſtar, *cohaeſionis* et *appendicis* conſideratur. Vnde porro hic tot *proceſſus* emergunt, quot *actores* rem aliquam ſibi deberi ſatagunt, adeoque ſinguli *ſeparatim* tractandi, ac ſingulae cauſſae per ſententiam propriam finiendae, vt vna alteri nullum *praeiudicium* faciat; quemadmodum contra interuentio cum cauſſa pendente *ſimul* tractatur, et *vna* ſententia de iure *vtriusque* litigantis, et interuenientis pronunciatur. Loquor de concurſu actorum qui non ſunt *litis conſortes*, nec ex eadem cauſſa omnibus *communi* litigant; hi enim ſine dubio tanquam *vna perſona* habentur, et vnam eandemque actionem ac litem mouent: ſed de his, qui ex *diuerſis* iuribus ac probandi mediis eandem rem petunt, maxime ſi in *diuerſis foris* litigant, et vnus in foro rei ſitae, alter in foro domicilii rem vindicat, quod neceſſario *duplici* proceſſu *aeque principali* fit. Imo ſi in *eodem foro* litigant, nihilominus *ſeparatim* cauſſam quilibet ſuam ſaepius tractat, nec praeciſe, ceu in interuentione contingit, liti *alterius* ita *accedit*, vt vno eodemque proceſſu vtraque cauſſa tractanda ſit. Negari tamen nequit in hac ſpecie nonnunquam *ſeparata* iſta iudicia reprobari, litigantes *ſimul*, et *coniunctim* eum ſuſcipere iuberi: aliquando vnum *principaliter* tantum admitti, reliquos ad *interuentionem* remitti, de quo iudex arbitrabitur. Fundatur haec moderatio in vltimo *fine* iudiciorum in genere, qualis eſt, vt ſuum cuique tribu-

Digitized by Google

tribuatur, quod ſine *ordine* certo vix fieri poteſt, et ideo omnes actus, quibus deductio iurium magis *confunditur*, ac pluribus difficultatibus implicatur, reiiciantur. Res ipſa potiſſimum ex *numero* concurrentium dependet. Quodſi horum *plures* fuerint, interuentio difficilius applicari, aut eorum petitis locus eſſe poteſt, qui ſocios vndequaque concurrentes ad *interuentionem* remitti poſtulant; ſed quum omnium iura ſint circa rem litigioſam aequalia, omnes *principaliter* praetenſiones ſuas deducere poſſunt, aeque ac in concurſu creditorum contingit. Sin *pauciores*, magis eſt, ei morem gerere, qui *primus* ad iudicium prouocavit, et tanquam *principalis* actor haberi, reliquis ad *interventionem* remiſſis, poſtulat; quem in finem his per ſententiam, vt iura ſua interueniendo deducant, iniungi poteſt. *Dn.* PRAESES *T. II. Conſ.* CCLVI. *n.* 20. Quodſi plures *eodem* momento prouocauerint, vt de temporis prioritate non conſtet, aequitas poſtulat, vt *forte* iudice, quis actor principalis, quisnam interueniens futurus? decidatur. *l.* 14. *de re iudic.* Sic enim omnia eo facilius legitimo tramite in *hac* ſpecie, difficilius in *priori*, tractari, et absque confuſione ad finem perduci, ſimul vero iura *prioritatis* enodari poſſunt.

Differentia horum concurſuum a concurſu creditorum.

§. VIII. Atque hactenus in his ſpeciebus perinde, ac in concurſu creditorum ſtricte ſic dicto proceditur, et principale caput, quod in *prioritatis deductione* latitat, vtrobique tractatur, et quotquot concurrere geſtiunt, audiuntur. Hoc ſolum *creditorum concurſui* proprium eſt, quod non tantum prouocantibus ius reddatur, verum etiam *abſentes* edictali citatione conuocentur, vt, quod ipſorum intereſt, proponant, et ſic *omnium* omnino, quorum intereſt, cauſſa cum iuribus eidem cohaerentibus diluatur. Quum enim *totum* debitoris patrimonium ibidem in diuiſionem veniat, nec quicquam *indiuiſum* maneat, ſalua iuſtitia *praeſenti-*

Digitized by Google

bus tantum ius reddi, et quantitas, quae ex bonis debitoris ſupereſt, illis cedi nequit, ſed conditio debitoris *manifeſtanda* et ceteri creditores *euocandi*, vt, ſi quis eorum *priorem* locum legitime deduxerit, aliis praeferatur. E contrario in aliis concurſibus *citatione* iſta edictali prorſus non eſt opus, ſed *praeſentes* ac prouocantes tantum inter ſe de prioritate diſputant, *ignotis* creditoribus hactenus *excluſis*. Neque enim hic aeque, ac priori caſu iure ſuo *defraudantur*, ſed illud, qualecunque fuerit, perſequendi facultatem *retinent*, et ſic actionem ſuam efficacem ſibi conſeruant; non vero, vt priori caſu poſt diuiſionem bonorum contingit, *inanem* contra debitorem bonis cedentem conſequuntur. Siue realem, ſiue perſonalem habent, perinde eſt; vtraque enim ſalua manet. *Realis* quippe inhaeret rei, et ſic ipſis datur contra *quemuis* poſſeſſorem, etiam, qui antea egit, et *victoriam* contra reum forſan reportauit: *perſonalis* autem contra debitorem, qui ſoluendo eſſe hic ſupponitur, ſaltim ad *intereſſe* comparata eſt, vt per antecedentem *occupationem* praeſentis, abſenti non adeo praeiudicium inferatur. Vigilantium ergo hactenus melior eſt conditio, vt pro iis tantum ſit pronunciandum, omiſſis abſentibus, praeterquam ſi ipſe *reus* omnes quorum intereſt, praeuia edictali citatione, ad agendum prouocet, et eorum plures adhuc adeſſe poſſe, *veriſimiliter* oſtendat. Quod nonnunquam prudenter ad futura litigia praecauenda facit, imo *licite* facere cenſetur, poſtquam, quod leges alioquin reprobant, *ne quis in plures aduerſarios diſtringatur*, *l.* 27. §. 8. *ff. de pecul.* ipſe *vltro* affectat et vrget. Fac reum ex cauſſa fideicommiſſi familiae a quibusdam conuentum, alios *plures*, cum actore, eodem iure gaudentes, ſuperfuturos probabiliter ſuſpicari, quo caſu quia vni in praeiudicium *reliquorum* gratificari nequit, nec etiam cum *vno*, aut *quibusdam* tantum ſeſe committere tenetur, ſed *caute*

 agit,

agit, quum ſibi ignotos *edictaliter* citari curat, vt, ſi qui forſan ex familia adhuc *ſuperſunt*, in partem veniant, nec iure ſuo per praeſentes defraudentur, ipſi reo vero *pleniſſima* ſecuritas contra *quaſcunque* fideicommiſſarias praetenſiones eorum, qui hactenus latuerunt, procuretur. Et neſcio an non huc ſpecies *l.* 11. §. 36. *depoſ.* trahi poſſit, vbi depoſitarius *vni* ex deponentis heredibus rem depoſitam *indiuiduam* petenti, eandem non niſi praeſtita *cautione* reddere iubetur, vt hac ipſa contra aliorum heredum, hactenus forſan *ignotorum*, petitionem ſibi conſulat. Eadem enim ratio, quae ipſi *cautionem* iſtam indulget, permittit quoque ad plenam ſecuritatem obtinendam, et *lubricum* cautionis euitandum, vt, quotquot heredes extant, *edictali citatione* ad agendum prouocare poſſit.

Pertinet huc concurſus ſponſalium et matrimoniorum.

§. IX. His praemiſſis non fruſtraneum erit de *variis* eiusmodi concurſibus, et prioritate inter plures quaedam illuſtrationis gratia adiicere vt appareat, quam ampla ſit doctrina *de concurſu extra concurſum creditorum*. Sic primo in quaeſtione de *ſponſalibus* conſummandis concurſus plurium nonnunquam efficit, vt lis de *praeferentia* ſit anceps. Videlicet concurrentium ſponſalium quaedam ſunt *inualida*, aut omnia in ſe *valida*; ſi prius, *validis* reliqua cedere ſine dubio debent. Sic ſponſalia *publica* quidem indiſtincte praeferuntur *clandeſtinis*, *c.* 2. *X. de cland. deſponſ.* non tantum ſi *priora*, verum etiam ſi *poſteriora* fuerint, quum ex *clandeſtinis* ius contradicendi radicatum non emergat, et ſic huic, qui clanculum ſibi fidem ſtipulatus eſt, exceptio *nullitatis* obſtet. Non aeque, quid inter ſponſalia *publica*, et in ſe valida iuris ſit, conſtat. Equidem in concurſu ſponſalium *de praeſenti*, et *de futuro* iure canonico res clara, et *prior* locus illis datus eſt, ſiue fuerint tempore *priora*, ſiue *poſteriora*, *quod fides conſenſus ſit potior fide pactionis*, et ſponſalia de praeſenti in *verum* matrimonium

Digitized by Google

nium abire credantur. c. 1. *X. de ſponſ. duor.* Verum ſi *duo* ſponſalia, ſiue ſint *de praeſenti*, ſiue *de futuro*, concurrunt, *tempore* priora ſemper praeferenda, adeo vt ne quidem copula *ſacerdotalis*, aut *carnalis* poſterioribus accedens, prioribus praeiudicare poſſit, quia illa copula *dolo* elicita priori ſponſo ſponſaeue ius quaeſitum tollere nequit. c. 3. *X. de ſponſ. duor.* c. 30. 31. *X. de ſponſal.* (etſi quondam aliter iudicauerit CALIXTVS II. in memorabili exemplo quod exhibetur apud D'ACHERII *ſpicil. eccleſ. p.* 897) haec vero, ſi vtraque ſponſalia fuerint de praeſenti, *adulterium*; ſin de futuro, *illicitum* coitum conſtituit, CANISIVS *ad c.* 31. *cit.* non autem verum *matrimonium*, quod ſecundum *Concil. Trident. ſeſſ.* 24. *de Reform. c.* 1. non aliter firmum, quam ſi in praeſentia *parochi* et *teſtium* contractum. Idem ergo iudicium merito in foris *proteſtantium*, quibus ſponſalia de praeſenti ex mente iuris canonici ignota, in concurſu ſponſalium *de futuro* obtinere debebat. Sed mira hic confuſio doctrinarum lites immortales facit. Nonnulli enim copulae *ſacerdotali* plus quam *temporis* prioritati fauent; quorum agmen ducit CARPZOVIVS *iurisprud. Conſiſt. p.* 11. *def.* 66. contradicentibus SCHILTERO *exercit.* XXXVI. §. 61. BERGERO *Oecon. iur. p.* 112. Alii iterum ex *carnali* copula prioribus, aut poſterioribus accedente praerogatiuam deducunt LEYSER *ſpec.* CCXCVIII. *n.* 9. reprobante hoc vinculum, ſcelere quippe firmatum STRYKIO *in diſſ. de ſponſal. S. IV. c. IV.* §. 3. 4. Alii denique *pura* ſponſalibus *de praeſenti*, *conditionata* vero iis, quae de futuro dicuntur, peruerſe contra c. 2. *X. de ſponſ.* praeferunt, ac inde conditionata *ſemper* puris, etiam *poſterioribus* cedere, ſomniant, contra quos ex profeſſo calamum ſtrinxit *Dn.* PRAESES *in iur. eccleſ. Lib. IV. Tit.* 1. §. 61. *ſeq.* et ſemper ex *temporis* prioritate litem decidendam eſſe plenius euicit. Ex iisdem principiis quoque de con-

Digitized by Google

curſu *matrimonii* prorſus iudicandum, vsque adeo, vt, ſi de priori conſtiterit, poſterius diſſoluendum ſit, tametſi *putatiuum*, et bona fide contractum fuerit HERTIVS *de matrimonio putat.* §. 38. qua ratione quoque commotus Pontifex matrimonium de *facto* contractum irritandum cenſet, ſi tertius ex ſponſalibus *de praeſenti* initis, quae *vim matrimonii* de iure canonico habent, ius *prioritatis* ſibi competere aſſerit. *c.* 4. *X. de ſponſ. duor.* An idem principium ad concurſum matrimoniorum, quorum alterum ex capite *impotentiae* diſſolutum fuit, applicari queat, non omni dubio caret. Si ſecundum ius *canonicum* pronunciandum, inter inhabilitatem *veram* et *putatiuam* diſtinguendum. Si illa tempore ſeparationis adfuit, ſed poſtea, et quidem in *femina*, quae nimis arcta apparebat, *inciſione*, aut *faſcino* ſublata, prius matrimonium, reſciſſo poſteriori, non redintegrandum. *c.* 4. *C.* 33. *q.* 1. Sin *maſculus* ope medicorum reſtitutus, huic vxor cohabitare iubetur, licet interim *alias* nuptias contraxerit, quia ex *euentu* adparet, impedimentum non fuiſſe *perpetuum c. 6. X. de frigid.* Idemque ſtatuit, ſi inhabilitas fuerit *putatiua*, inhabilis cum alia liberos procreauit, et ſic per *errorem* prius matrimonium reſciſſum *cit. c.* 6. Sed quemadmodum illae deciſiones ex *ſacramento*, ob quod matrimonium *abſolute* eſt indiſſolubile, fluunt, merito a *proteſtantibus* reprobantur, qui matrimonium poſterius *legitime* contractum ob praecedentem per rem iudicatam decretam diſſolutionem prioris, non reſcindunt, nec ſolidam cauſſam habent, cur eiuſmodi matrimoniorum *turbationibus* faueant, iure canonico ne quicquam iis obſtante, cuius tradita eos non aliter ex receptione ſtringunt, quam ſi principiis A. C. non *aduerſantur*, quae repugnantia in doctrina de ſacramento manifeſta eſt. *Dn.* PRAESES *cit. l. T. IV. Tit.* 15. §. 40. *ſeq.*

§. X.

Digitized by Google

§. X. Idem fere de concurſu plurium *exſpectatiuarum* in idem *feudum*, vel, quod naturam feudi imitatur, *beneficium eccleſiaſticum*, dicendum, quoties inter ſe exſpectiuarii, quis alteri *cedere* debeat, litigant. Aequitas namque, et ratio iuris poſtulat, vt et hic locus ſit regulae: *prior tempore potior iure*; tum, quia ille ius perfecte *quaeſitum* habet, quod ipſi inuito auferri nequit: tum quod litterae *poſteriores*, quae priorum, quibus contrariae, mentionem non faciunt, *praeſumuntur* ſub-et obreptitiae. *c.* 3. *X. de reſcript.* Vnde ſecundum id principium de hocce concurſu in dubio merito pronunciandum, quod tum iure *quaeſito*, tum *praeſumta* concedentis *voluntate*, a qua expectatiua originem trahit, vltimo abſoluitur. Sed hoc non eſt perpetuum, verum nonnunquam aliter ſe habet, vt asſertio STRYKII *de concurſ. exſpect. n.* 30. *ſeq.* quod priori expectiuario *ſemper* ius irreuocabile quaeſitum, adeoque is *vbique* praeferendus ſit, ſolido deſtituatur fundamento. Etenim poſterior praecedit (1) quoties eius exſpectatiua *ſpecialis*, ad *certum* beneficium et *perſonam* directa; prior vero aut *indefinite*, in proxime vacaturum beneficium, aut vni ex heredibus *indefinite*, nemine nominato, conceſſa, *c.* 38. *de praeb. in* 6. vsque adeo, vt licet prior expreſſe non reuocata, adhuc idem obtineat, *c.* 14. *eod.* quia *ipſo facto* reuocata, ac ſublata videtur ab eo, cui facultas reuocandi ſemper *integra* eſt. Conſpirat cum his *Ius feud. Saxon. c.* XXXVII. *Ius feud. Alem. c.* XII. ibique SCHILT. §. 3. 6. Idem multo magis dicendum (2) ſi poſteriori clauſula: *anteferri*, nominatim adiecta, quae *praeſumtam* voluntatem pro priori militantem tollit *c.* 7. *de conceſſ. praeb. in* 6. Licet enim prior exſpectiuarius ius *perfecte* quaeſitum habeat; id tamen tantum allegare poteſt intuitu *ſocii*, non *concedentis*, qui, quod ex mera *gratia* concedit, *reuocabiliter* conceſſiſſe intelligitur. (3) Si prior exſpectiuario inha-

expectatiuarum.

Digitized by Google

inhabili conceſſa fuerit, re vera illa per ſe omni effectu deſtituitur, (4) ſi poſterior titulo *oneroſo*, vel ob *bene merita* ſingularia, prior ex mera *gratia* indulta, quod ex natura *priuilegiorum* concurrentium fluit, quorum oneroſum ſemper gratioſum excludit. STRYK *de priuil. tit. oner. quaeſ.* (5) ſi poſterior exſpectiuarius *poſſeſſionem* a domino conſecutus, et ſic eo ipſo *iuris in re* particeps factus fuerit, quod in *colliſione*, ius ad rem ex nuda exſpectatiua anteriore vincit. *l.* 15. *C. de R. V.* STRVV. *Iurispr. feud.* c. IX. §. 7. Quo etiam in *feudis* refero, ſi poſterior *euentualiter* inueſtitus, et hoc ipſo vtile dominium euentuale nactus: HORN. *cit. l.* §. 10. in *beneficiis eccleſiaſticis*, ſi ſimul *coadiutoriam* accepit, quae iudice LEYSERO *de rect. vſu exſpect.* §. 46. non nudam expectatiuam ſed collationem muneris *quodammodo* iam vacui inuoluit. Neque ab hac poſteriori exceptione dimoueor, ſi vel maxime poſterior, *ſciens* priori expectatiuam eſſe conceſſam, *poſſeſſionem* apprehendit, exemplo HORNII *cit. loc.* LEYSERI *append. ad cit. diſſ.* quaſi tunc *doli* exceptio acceptanti obſtet; ſine *bona fide* autem nec *verum*, nec *quaſi* dominium acquiri poſſit, eoque demum ſenſu accipienda ſit *l.* 15. *C de R. V.* quae *poſſeſſoris* conditionem *meliorem* eſſe inter duos *eiusdem tituli* iubet. Vti enim id in iis titulis, qui ius *perfectum* transferunt, facile largior; ita ad expectatiuam, quatenus ius mere *imperfectum* transfert, et ex mera concedentis *voluntate* dependet, temere trahi nequit. Poſito enim iure, priorem exſpectatiuam *pro lubitu* reuocandi, et in alium validiorem *transferendi*, ponitur quoque in ſecundo exſpectiuario facultas, eandem ſine ſcelere *acceptandi*, et ſibi habendi.

heredum in eadem hereditate.

§. XI. Quae concurrentia inter exſpectiuarios occurrit, eandem quoque inter plures *heredes* ſucceſſionem ſibi aſſerentes contingere poteſt, et ſolet, quoties ex *diuerſo* prorſus iure hereditatem ſibi reſtitui poſtulant, vel de iure proximitatis

Digitized by Google

ximitatis inter ſe certant. Quid enim ſi alius heres ex *teſtamento*, et alius ab *inteſtato* eundem reum, vel poſſeſſorem conueniat? Sane quum teſtamentaria ſucceſſio *praecedat*, altera in defectu eius *ſuccedat*, vna autem cum altera *ſimul* conſiſtere nequeat, tota lis a probatione teſtamenti validi, nec ex poſt ſublati, pendebit, ſecundum quam de *praeferentia* ſtatuendum. Nam aliud hic non ſuppetit fundamentum deciſionis, quam *valor*, aut *nullitas* teſtamenti. Et quid ſi quis vlterius ex *pacto* ſucceſſionem vrgens intercedat, veluti coniux ex pacto ſucceſſorio? quo ſane caſu huius vtique *ſemper* melior erit conditio, ſiue pactum illud teſtamentum, in quo alter actor, concurrens ſe fundat, *praecedat*, ſiue *ſuccedat*, eo quod *priori* caſu ius ex pacto quaeſitum vltima voluntate tolli nequeat, vt de teſtamentis coniugum reciprocis ab alterutro mediante alia voluntate vltima de facto mutatis, reſpondent Dd. *poſteriori* teſtamentum antecedens ſicut alio teſtamento, ita pacto *reuocatum* cenſeri debeat: quam facultatem teſtatoribus integram eſſe diſcimus *ex l.* 22. *de leg.* 3. *l.* 1. *C. de S. S. Eccleſ.* Adeoque is hic ordo obſeruabitur, vt pactitius heres teſtamentarium, hic vero ſucceſſorem ab inteſtato, probato alterutrius iure, excludat. Poterit etiam his nonnunquam *fiſcus* ſe ſe iungere et ad *indignitatem* heredis, ob quam ipſi bona cedant, prouocare, vel ex capite *vacantiae* ſucceſſionem petere, tametſi *priori* caſu non principali actione, ſed per modum *interuentionis* concurſus ſuſtineatur, quia fiſcus, tantum contra *heredem* indignum, poſtquam adiit hereditatem, agere poteſt. Hactenus de heredibus ex *diuerſo* iure ſuccedendi concurrentibus. Nonnunquam fundamentum ſucceſſionis omnibus quidem *commune*, ſinguli tamen de *rata* ſibi inde debita ſaepius litigant, vt circa liberos *diuerſi* matrimonii, ſimul ſuis quique parentibus ſuccedere geſtientes, contingit. Interim in hoc

concurſu non tam de *prioritate*, quam cuique *debita* portione, ex maſſa communi ſeparanda, quaeſtio mouetur, niſi quod ex *accidente* diſſortes et quibus per diuiſionem quomodocunque ex lege *ſatisfactum* eſt, in poſterum a liberis *ſecundi* coniugii, mortuo patre diuidente, *excludi*, et velut mortui, iis poſtponi debeant, vt pluribus docuere MEVIVS *ad Ius Lubec. P. II. Tit.* 2. *A.* 2. *n.* 111. et B. *de* LVDEWIG *de ſucceſſ. coniug. et diſſort. liberor. c. V.* §. 3.

legatariorum eiusdem legati.

§. XII. Taceo iam plures *legatarios* ex diuerſis cauſſis concurrentes, inter quos, ſi non maior ſaltim eadem litis occaſio ac praerogatiuae diſceptatio emergere ſolet. Ea contingit in ſpecie, quae traditur in *l.* 10. *pr. de reb. dub.* ſi duo ſint eiusdem *nominis*, nec, qualem teſtator ex illis intellexerit, adiecit, alter vero principaliter, alter interueniendo heredem conueniat. Hoc caſu ex *praeſumta* voluntate, qui ex illis *maiori caritate* defuncto coniungitur, praefertur, vt ex profeſſo docuit LAVTERB. *de magis dilecto*, ſin aequalis eſt caritas, vterque repellitur *l.* 3. §. 7. *de adim. vel transf. legat.* quia his non deficit ius, ſed probatio *l.* 21. *D. de teſtament. tut.* Similem concurſum inter legatarios *ius accreſcendi* ſupponit. Quoties enim *diuerſo* genere coniunctionis comprehenſi reperiuntur legatarii plures vnius eiusdemque rei, vel quantitatis h. e. ſi quidam in *vna* eademque, nonnulli in *diuerſa* periodo comprehenſi; portio deficiens non omnibus, ſed iis tantum accreſcit, qui cum deficiente *eodem* genere iuncti, *eademque* periodo comprehenſi erant. Adeoque ſi quis, qui alii *verbis* tantum iunctus, ſpreuerit, vel alio modo defecerit, eius portio *verbis*, non reliquis *re* iunctis cedit; ſin vero *omnes* quoad deficientem *re* iuncti, *omnibus* accreſcit, ita tamen, vt *vna* comprehenſi periodo inſtar *vnius* perſonae habeantur, et tantum ex portione deficiente conſequantur, quantum *vni*, cui nullus ſocius verbis iunctus, debetur *l. vn.* §. 11. *C. de caduc.*

Digitized by Google

duc. toll. §. 8. *I. de legat. l.* 89. *de legat.* 3. Toties enim ſecundum CELSVM, NERATIVM, VLPIANVM ius accreſcendi eſt, *quoties in duobus*, qui *ſolidum habuerunt*, *res concurſu diuiſa eſt l.* 3. *de vſufruct. accreſc.* vel quod eodem recidit, ſi vtroque ad legatum perueniente legatum inter eos *ſcinditur* ſecundum §. 8. *I. de legat.* ſicuti vice verſa *concurſu* partes non faciunt, adeoque nec iure accreſcendi fruuntur, qui eas ab *initio* ex teſtatoris diſpoſitione iam habuerunt. VOET. *ad ff. tit. de legat.* §. 61.

§. XIII. Aliam concurſus ſpeciem, *executio* imminens contra debitorem decreta, nobis ſiſtit, etiamſi hic ſoluendo non eſſe deſierit, nec *formalis* concurſus motus fuerit. *ob imminentem executionem.* Tunc enim ſaepe contingere ſolet, vt vnus, vel plures, qui hactenus in lite non fuerunt, eidem ſe *immiſceant*, ac ius prioritatis praetendant, propter intereſſe *proprium* quod, admiſſa executione decreta, periclitari poteſt. Hoc fit ordinarie per modum *interuentionis* principalis, quae ſua natura *ſiſtit* litem hactenus coeptam et etiamnum pendentem *l.* 15. §. 4. 5. *de re iudic. c.* 17. *X. de re iudic. c.* 38. *de teſt.* Eaque eo minus dubium coniunctum habet, quo certius eſt, ipſam *actualem executionem* tertio, cuius iura ſunt potiora, *non nocere*, ſed *ſaluo* eius iure fieri, MEV. *p.* IV. *dec.* 324. *n.* 7. *p.* V. *dec.* 350. conſequenter tanto magis re adhuc integra *ſuſpendi* poſſe, hoc effectu, vt punctus *prioritatis*, qui iam in litem deducitur, rite examinari, eoque facto in fauorem *vincentis* executio ſubſequi queat. Caſus qui huc pertinent varii eſſe poſſunt prouti iura, ob quae illa interceſſio fit, variant. Sic *pater* cui vſusfructus aduentitiorum bonorum debetur *condemnato* filio ob debitum, absque patris conſenſu contractum, *interueniendo* executionem impedit, ſibique ex lege competentem vſumfructum ita conſeruat, eoque ipſo ſe creditoribus potiorem eſſe euincit BRVNNEM. *de proc. civ. C. XXIX. n.* 20.

Digitized by Google

Quemadmodum vero iſthaec prioritas non eſt *perpetua* ſed temporanea, et finita per mortem *patria poteſtate*, cui vſusfructus cohaeret, expirat, adeoque executionem reapſe *ad tempus* tantum ſuſpendit: ita vice verſa, quoties ius interuenientis cum prioritate inde pendente eſt *perpetuum*, maiorem effectum habet interuentio, et prorſus *ſubmoto* alio creditore, qui executionem impetrauerat, interuenienti, quoties de eius iure ac prioritate conſtiterit, viam pandit, vt ipſi non alteri ex obiecto executionis ſatisfiat. Hoc contingere ſolet et poteſt, quum *mulier* conſtante matrimonio ratione dotis executionem in bona *mariti* decretam ſiſtere ſatagit, quod eidem omnino integrum eſt. BERL. *P. I. concl.* 84. *n.* 47. Quum enim illa etiam *pendente* matrimonio, marito ad *inopiam* vergente, dotem repetere, vel ab interitu ſaluare poſſit, *l.* 24. 30. *C. de iur. dot.* praeterea eidem leges tale ius in bonis mariti aſſignauerint, vt huic *ante omnes* etiam *anteriores* creditores non magis priuilegiatos ſatisfaciendum ſit: *cit. l.* 30. *Nov.* XCVII. *c.* 4. aequum et iuſtum omnino eſt, vt pro aſſerendo eo iure media quoque indulta eſſe oporteat, quae mediante iſta *interuentione* ſe ſe exerunt, adeoque illa ad *formalem* creditorum concurſum reſtringenda non ſunt. Loquor de creditoribus nullo *fortiori* iure gaudentibus, alioquin enim ſi quibusdam mulierem *cedere* iuſſerint leges, quales ſunt *abſolute* priuilegiati, interuentio huius nullius effectus erit. Vt ergo de hac circumſtantia *praeiudiciali* conſtet, certamen ſuper iure prioritatis ante omnia ſuſcipiendum, eoque demum finito, de vi et efficacia interceſſionis a muliere factae iudicandum eſt. Modo quod ſemel iterumque moneo 1) maritus ad *inopiam* vergat, quo ceſſante, intereſſe mulieris deficit, quod concurſum praeſentem *vnice* fundat, licet vel maxime hypotheca *priuilegiata* gaudeat, quae, antequam dies ob dotem agendi venerit, inefficax

eſt,

Digitized by Google

eſt, 2) cauſſa dotis ſtatim *liquida* ſit. Nunquam enim interuentio in *executione* pro hac ſuſpendenda aliter admittitur, quam ſi fuerit liquida MEV. *p.* V. *dec.* 333. *n.* 3. WERNH. *Vol. II. obſ.* 129. ſin *altioris* eſt indaginis, executio ſemel decreta *impediri* nequit; interim cauſſa interuentionis vel ad *ſeparatum* proceſſum remittitur vel idonea *cautione* in caſum ſuccumbentiae interuenienti proſpicitur MEV. *cit. l.*

§. XIV. Quibus non multo diſſimile eſt, ſi plures contra eundem poſſeſſorem propter dominium *eiusdem* rei agendo concurrunt, quod fieri poſſe, et ratio iuris, quae neminem iura ſua vrgentem a limine iudicii praecludit, et *l.* 57. *de R. V.* cum *l.* 5. §. *fin. commodat.* probat. Concurrunt ita plures, ſiue quod omnes *aeque principaliter*, ſed ex *diuerſo* iure, rem vindicent, ſiue quod *vnus* tantum *interueniat*. Neutro caſu vnus alterum *ſubmouet*, licet vel maxime intercedens in tali iure ſe fundet, quod ius partis *vltimo* excludit; ſed potius ſingulis iura ſua deducere, et hoc ipſo prioritatem probare integrum eſt, quia quilibet *iure proprio* nititur. Ponamus, alterum ex iure dominii mediante *hereditate* acquiſiti agere, alterum, iure *legati* interuenientem, *eandem* rem petere; nihil ſane cauſſae erit, cur hic petitorem *remouere*, et prohibere vellet, quo minus is iure ſuo vtatur, quantumuis cauſſa finita ius alterius *praeualere* debeat, quia vterque in ſolidum eſſe nequit dominus *l.* 5. §. *f. commod.* Idem prorſus obtinet ſi *emphyteuta* fundum emphyteuticum vindicat, et dominus *directus* ex iure caducitatis, et inde dependente extincto iure emphyteuſeos, *directo* iudicio interueniat: nam neuter alterum a limine iudicii remouere poteſt, quanquam domino *vincente*, emphyteuta iure ſuo cadere intelligatur. Nihil ergo ſupereſt quam vt, cuius ex his ſint iura *potiora*, et cui inter plures res adiudicanda veniat, ſub incudem vocetur, et hoc velut medio concurſus finiatur. Quemadmodum vero ea diſce-

Circa dominium in eadem re praetenſum.

Digitized by Google

ptatio curſum iuſtitiae nonnunquam turbare ac remorari poteſt, in primis ſi de vnius litigantis iure contra poſſeſſorem iam *conſtiterit*, alterius vero, qui ſerius ad litem acceſſit, adhuc *altioris indaginis* fuerit, aliud conſilium ICti proponunt, quale eſt, quod, qui *prior* vicit, rem ipſam quidem obtineat, ſed poſſeſſori ac interuenienti *caueat*, ſe, cum poſterior euiciſſet, rem reſtituturum poſſeſſoremque indemnem praeſtiturum *cit. l.* 57. *l. pen. de hered. petit.* Quam cautionem vti plerique ad interuentionem *ante ſententiam* factam reſtringunt, *poſt* vero ſe opponentem, contra *nouum* poſſeſſorem iure iubent, *executione* ſententiae nec ſuſpenſa, nec vlla *cautione* admiſſa: ita hoc caſu nihilominus ab *arbitrio* diſcreti iudicis pendet inueſtigatio, vtrum interueniens *fraudem*, vel *potentiam* vel *aliud* iuſtum grauamen ex *mutatione poſſeſſoris* contingens, allegare poſſit, propter quod vel executio, donec de prioritate conſtiterit, *ſuſpendi*, vel *cautio* idonea ab interueniente praeſtari debet COVARRVVIAS *pract. quaeſt. XVI. n.* 3.

Circa poſſeſſionem et remedia poſſeſſoria.

§. XV. Sed et circa *poſſeſſionem* propter concurſum varia in litem deduci et ea propter iura *prioritatis*, intuitu eius, qui in poſſeſſione potior eſt, erui ſolent, inprimis quoties ſuper *poſſeſſorio retinendae poſſeſſionis* concertatur. Datur enim hoc poſſeſſori vero contra turbantem ad hoc vt alter turbare deſinat, et ſic pro *manutenentia* quietae poſſeſſionis pronuncietur. Et ſi de poſſeſſione implorantis ſatis conſtat, nil impedimento erit, quo minus *mandato* S. C. ipſi proſpiciatur. Quid vero ſi *vterque* ſe poſſidere allegat, *actus poſſeſſorios* demonſtret, alterue alteri *turbationem* obmoueat? facillimum enim eſt, vt idcontingat, et eo ipſo lis difficilem exitum conſequatur, quia praeſens remedium hoc ſingulare habet, quod *duplex* ſit, adeoque *vterque* agere poſſit *l.* 3. §. 1. *vti poſſid.* Quo ſane caſu partibus non rectius quam per poſſeſſorium *ſummari-*

Digitized by Google

mariiſſimum conſulitur, quo *ultimi* actus poſſeſſorii tantum expenduntur. Haec enim diſcuſſio eum effectum habet, vt quaeſtione *poſſeſſionis finali expenſa*, definiatur quis *interim*, ne partes ad arma veniant, poſſidere, et quis poſtea partes *actoris* ac *rei* ſuſtinere debeat. MEV. *p. III. dec.* 191. *n.* 1. Conſequenter poſſeſſorium ſummarium reapſe *prouiſionaliter prioritatis* inter concurrentes deducendae cauſſa comparatum eſt, et *confuſioni* proceſſus reſiſtit, quae, vbi nec de *actore* nec de *reo* conſtat, non poteſt non ob iura vtriusque *diuerſiſſima* oriri. Quanquam non negandum, *aliquando* eum finem obtineri non poſſe, forſan quod iura vtriusque in poſſeſſione ſint prorſus *aequalia*, nec quae poſſeſſio *antiquior*, quae *recentior*, in re obſcura conſtet, quo caſu nil ſupereſt, quam vt *vterque* in *compoſſeſſione* defendatur, donec alteruter in *petitorio* ius in re deduxerit. DN. PRAESES *tr. de action. Sect. II. c.* 4. §. 13. *n.* x. Quod quia tunc *cuilibet* integrum, euenit, vt, cuius magis intereſt litem finire, *actoris* partes ſuſtineat, et non obſtante poſſeſſione ſibi addicta, ad petitorium progrediatur, aduerſario *rei* vices tunc tenente. Interim ob *incommoda* quae *compoſſeſſionem* comitantur, magis pro re nata aliquando expedit, rem litigioſam ſequeſtrare, et neutrum in poſſeſſione defendere, quo facto in petitorio is actor erit, qui prior ad iudicium prouocauit.

§. XVI. Praeterea circa *ſeruitutes* concurſus plurium mirum in modum variare, et ſic anſam quaeſtioni de *praeferentia* dare poteſt. Vbi, ſi plures *ſeparatim* eandem ſeruitutem ſibi vindicant, ſiue *interueniat* alteruter, ſiue *vterque* diuerſo iudicio *principaliter* agat, eadem, quae §. XIV. propoſui, merito obtinent. Quodſi vero plures *dominantes* ob concurſum in exercitio inter ſe certant, quia alter alterum *excludere* intendit, alia ratione de iure alterutrius *potiore* iudicandum. Et ſi quidem plures diuerſae *diuerſorum* *circa ſeruitutes.*

rum

Digitized by Google

rum praediorum *dominis* eodem in fundo ſucceſſiue conſtitutae ſeruitutes, quilibet quidem iure ſuo vtetur, dummodo *priori* per *poſteriorem* non fiat praeiudicium *l.* 15. *commun. praed. l.* 32. *de ſeruit. praed. vrb. l.* 4. *de aqua cottid. et aeſtiv.* adeoque *prioritas temporis* hic concurſum vnice moderabitur. Si vero pluribus *ſimul* eadem ſeruitus conceſſa, et vnus *inuito* altero aliquid in re communi agat, videndum, vtrum id primae ſociorum *deſtinationi* ſeu vſui ad quem res deſtinata, ſit aduerſum, nec ne? ibi *prohibentis* meliorem conditionem eſſe aperte definit ICtus in *l.* 12. 28. *commun. diuid. l. fin.* §. 1. *de ſeruit. praed. vrbanor* hic vero *facientem* potiorem eſſe, nec prohibitione ſocii impediri poſſe, aequitas poſtulat. Aliquando cum *dominante* ipſe *ſeruiens* concurrit, et horum vterque ſibi *priorem* locum aſſerit, vt in ſeruitute *iuris paſcendi* emergit, quoties dominus *propria* pecora ibidem paſcere vult. Nam hoc ei permiſſum fatente LEYSERO *ſpec.* CVIII. *n.* 2. ita tamen vt ſi *ab initio* fructus vtriusque dominantis et ſeruientis pecoribus non ſufficiunt, hic, ſin *ex poſt facto* paſtura ſufficiens eſſe deſiit, ille praeferatur. Eadem quoque in *vſufructu* cernimus, qui tamen, ſi pluribus eiusdem rei legatus, contra naturam ſeruitutum *diuiduus* eſt, et ab initio pro parte diuiſa, ac indiuiſa, conſtitui poteſt, in *dubio* vero ad ſingulos vſufructuarios *pro rata* pertinere cenſetur *l.* 81. *ad l. falcid.* et ideo iudicium communi diuidundo admittit. *l.* 7. §. 7. *commum. diuid. l.* 13. §. 3. *de vſufructu.* Vnde in hocce concurſu quaeſtio de prioritate otioſa eſt. Poteſt vero etiam *proprietarius* cum *vſufructuario* concurrere, quoties ipſi fundus, huic vſusfructus *eiusdem* fundi legatus, quam ſpeciem ita deciſam videmus in *l.* 6. *de vſufr. earum rerum quae vſu conſum. l.* 4. *de vſufr. accreſc. l.* 19. *de vſu et vſufr. legat.* vt *neuter* alterum excludat. Sed cordatiores fatentur,

Digitized by Google

tur, haſce deciſiones *verborum* ac ſyllabarum aucupiis inniti, eo, quod appellatio *fundi* implicite vſumfructum comprehendat. Vnde *hodie* vbi mens potior eſſe debet verbis, ſpreta *ſubtili* illa interpretatione ex *vſu loquendi*, quo fundus ſi vſufructui contra diſtinguitur, nudam *proprietatem* denotat, concurſus rectius negatur, iudice VOETIO *ad ff. tit. de vſufr.* §. 8. HERTIO *de ſeruit. fact. conſiſt. Sect. III. obſ.* 1. Mirandum itaque, CARPZOVIVM *P. III. c.* 13. *def.* 7. et nouiſſime *cel.* LEYSERVM *ſpec.* CCCLXXXV. *n.* 3. cortici verborum inhaerere potuiſſe. Quum enim non is, ſed teſtatoris *praeſumta* voluntas, ex vſu loquendi elicienda, *ius commune* in interpretatione, et applicatione legatorum conſtituat; fruſtra, *teſtatorem in dubio iuris communis diſpoſitioni ſe conformare voluiſſe*, humaniori iurisprudentiae ab allegatis auctoribus obiicitur.

§. XVII. Quoad depoſitum, commodatum, aliasque res ex contractu dominii *non translatiuo* poſſeſſas dominus priorem locum ſaepe diſputat ei, qui ex contractu ad *reſtitutionem* rei agit, adeoque dum vterque concurrit, quaeſtio *prioritatis* voluitur. Circa *depoſitum* habemus deciſionem in *l.* 31. *depoſ.* quae *duplicem* concurſum nobis ſiſtit, quorum alter ad *fiſcum* propter bonorum publicationem, alter ad ipſum *depoſitarium* cum deponente circa perſecutionem rei depoſitae concurrentem pertinet. Illo caſu ſi poſt depoſitum bona in commiſſum ceciderunt, ſecundum ius *naturale* quidem deponentem, ſecundum ius *ciuile* et legum ordinem fiſcum, in repetitione praefert TRYPHONINVS, qua in re manifeſte lapſus eſt, quum etiam ſecundum ius *naturae* fiſcus, per publicationem bonorum, omnium rerum *dominus* factus ſit, adeoque, ſi *domini* cauſſa *potior* eſſe debet, ei ex *vtroque* iure res depoſita adiudicanda, vt late probauit PVFFENDORFF *de iure nat. et gent. L. IV. c.* 13. §. 5. Hoc depoſitarium, qui ex- *Circa depoſitum.*

ceptionem *dominii* praedoni opponit, itidem praefert TRYPHONINVS, et deponentem recte a limine iudicii repellit. Etſi enim reſtitutio depoſiti alias ſit *paratiſſimae* executionis, nec nullas *exceptiones* admittat *l.* 11. *C. depoſ.* concurrente tamen *iuſtiore* petitione ex natura contractus b. f. depoſitarius audiendus, ſi dominium rei depoſitae *in continenti* probare poteſt: alioquin enim prius rem reſtituere, et poſtea de proprietate agere debet. *l.* 25. *C. locat.*

Circa contractus in genere.

§. XVIII. Admodum *famoſus* quoque eſt, qui circa *contractus* in genere occurrit, concurſus, quoties cum *pluribus* circa eandem rem, cuius intuitu ſingulis ſatisfieri nequit, conuentum eſt: tunc enim *vnus* ex his praeferendus, adeoque fundamentum *praeferentiae* omnino adeſſe debet. Hoc non vbique idem eſt, ſed pro diuerſis contractibus variat. Vt plurimum *temporis* prioritas inſpicienda, vt prior tempore potior iure cenſeatur, et ſic ſequens excludatur. Probarunt hoc fundamentum leges in conuentione *hypothecae* eiusdem rei diuerſis temporibus inita, quia illa ſua natura eſt *indiuidua*, vt ne quidem poſteriores creditores beneficium *diuiſionis* pro conualidando ſuo iure vrgere poſſint, MEV. *p.* v. *d.* 274. nec poſterior *ſpecialis* priori *generali* cedere debeat, ſed prior vsque adeo nexu indiuiduo rem afficiat, vt in praeiudicium eius nihil quicquam fieri poſſit. *l.* 2. 4. *C. qui pot. in pign.* BRVNNEM. *de concurſ. cred. C. V.* §. 57. Solum pignus *praetorium* excipio, quod omnibus miſſis *aequale* ius tribuit, prioritatemque prorſus excludit. *l.* 15. §. 15. *de damn. inf. l.* 12. *de reb. aut. iud. poſſ. l.* 5. §. 3. *vt in poſſeſſ. legat.* Ex eadem temporis prioritate ſimpliciter *locatio operarum* duobus facta aeſtimatur, vt ſemper in concurſu is vincat, cui *primum* opera locata. *l.* 26. *ff. locat.* Sed aliud prorſus in *locatione* ac *venditione rei* dicendum. De hac poſteriori lis deciſa in fauorem eius, cui primum res *tradita*, ſiue ſit prior tempore, ſiue poſte-

rior

Digitized by Google

rior in *l.* 15. *C. de R. V.* Quum enim non conuentionibus ſed traditionibus dominium transferatur, *l.* 20. *C. de pact.* emtor prior non poteſt niſi ex *iure ad rem*, poſterior vero ex iure *in re* experiri, et hoc ipſo illi praeferri. *l.* 3. *de obligat. et act.* Neque refert, traditio fuerit *vera* an *ficta*, quum vtraque dominium immediate transferat, ſiue per traditionem *inſtrumentorum*, ſiue per *conſtitutum poſſeſſorium* contingat *l.* 14. §. 1. *de periculo et comm. rei vend. l.* 1. *C. de donat.* vsque adeo, vt ſi priori *ficte*, poſteriori *vere* tradita, hic illi cedere teneatur. CARPZ. *P. II. C.* 33. *def.* 15. *n.* 4. GAIL. *II. obſ.* 55. *n.* 10. Fluctus in ſimplo hic mouet *celeb.* LEYS. *ſpec.* CCCCXLIV. *n.* 4. aſſerens magis fauendum ei, qui *palam* per *veram* traditionem prae eo, qui *clanculum* ad rem adrepit, quum alias in omni venditione metuendum, ne alius iam eandem rem per *fictam* traditionem acquiſiuerit. Quaſi vero *ſymbolica* ſua natura ſit clandeſtina, fraudulenta; contra *vera* ſemper fiat palam, ac ſine fraude? vtraque clam ac palam fit, praeſertim ſi res *mobiles* traduntur, adeoque vtrobique fallacia ineſſe traditioni poteſt. Quo iure ergo *accidentalis* illa *clandeſtinitas* verae traditioni effectus ſuos non detrahit, eodem quoque *ficta* ac *ſymbolica* ex iuribus traditionis *ordinariis* aeſtimanda. Plane illud argumentum quod ex verbis: *obtenta non datorum inſtrumentorum* elicit LEYSER. *cit. l.* nimis e longinquo repetitum, quia inſtrumenta ibidem non *ſymbola*, ſed res ad *perpetuum vſum* fundi deſtinatas denotant et ſic non ad fictam, ſed ad *veram* traditionem pertinent. Denique quia *vterque* poſſeſſionem nactus eſt, regula a LEYSERO obiecta, *quod in pari cauſſa melior ſit conditio poſſeſſoris*, omnem omnino adplicationem ignorat. Si tamen emtor *ſciens* rem alii venditam, et ſic dolo malo *poſſeſſionem* adeptus, priori quidem ideo *vindicatio* non concedenda, ob defectum *dominii*; poſteriori tamen poſſeſ-

 ſionis

Digitized by Google

ſionis acceptio non profutura eſt, propter exceptionem *doli* obſtantem. BRVNN. *ad l.* 15. *C. de R. V.* BERG. *ſuppl. ad elect. diſc. forenſ. p. II. p.* 216. Sunt quoque, qui *donationem* per principem duobus ſeparatim factam a regula eximunt, quorum ſententia tamen ex falſo praeiudicio, quod in huiusmodi contractu dominium *ipſo iure* transferatur, oritur, cui dicam ſcripſit. *Dn.* PRAESES *de ficta domin. translat. ex contr. princip.* Quae hactenus propoſita, etiam ad *locationem rerum* merito trahenda. Si enim vendens poſteriorem emtorem traditione dominum facit; quanto magis locator poſteriori *conductori* vſum per translatam poſſeſſionem efficaciter concedere potuit in rem alii iam locatam?

Circa praxin actionis publicianae. §. XIX. Idem prorſus prioritatis fundamentum vſum actionis *publicianae* moderatur, quoties duo *bonae fidei* poſſeſſores inter ſe circa rem acquiſitam concurrunt, et de *praeferentia* litigant. Vti enim ea actio tantum b. f. poſſeſſori poſſeſſione amiſſa contra *deteriore* iure poſſidentem, qualis *ordinarie* eſt, qui mala fide acquiſiuit, datur: ita contra *aeque* titulatum poſſeſſorem b. f. non competit, ſed eius poſſeſſio efficit, vt in *pari* cauſſa abſoluendus ſit. *l.* 128. *de R. I.* Cui non obſtat indoles *rei vindicationis*, ad cuius exemplum publiciana inuenta *l.* 2. §. 8. *de publ. in rem actione*, et in qua prioritas *traditionis* alios poſtponit. Nam *diuerſitatis* ratio manifeſta eſt. In *rei vindicatione* prior praefertur, quia ex *dominio* vero oritur, quod is ſine dubio acquiſiuit, alter vero, cui *poſtea* tradita, nullo iure vtitur; aſt in *publiciana* neuter dominus, ſed *vterque* in bona fide eſt; conſequenter, quia vterque in *pari* cauſſa conſtitutus, *poſſidens* praeferri debuit. Neque hic, vtrum ab *eodem*, an *diuerſo* non domino quis acquiſiuit? diſtinguendum, vt recte docuit Dn. PRAESES *ad ff. tit. de publ. act.* §. *fin.* quum illa diuerſitas mere *accidentalis* ſit, neque praerogatiuas poſſeſ-

Digitized by Google

poſſeſſionis in huius actionis vſu immutare queat, teſte NERATIO, in *l.* 31. §. *fin. de act. emt. vend.* Nec *l.* 9. §. 4. *de publ. in rem act.* aliud euincit, vt ſatis docuere FAB. *in rational. ad cit. l.* et Dn. PRAESES *in tr. de Act. Sect. II. c.* 2. §. 21. Adeoque exceptio *iuris aequalis* reo ſemper ſalua eſt, ad ſubmouendum actorem. Plane ſi ab *eodem* non domino *duobus* res venditur, et ambo *ſimul* experiuntur contra poſſeſſorem tertium, ſiue alteruter *interueniat*, ſiue vterque *aeque principaliter* agat, potior cauſſa erit eius, cui priori res tradita. *l.* 9. §. 4. *de publ. action.*

§. XX. Maximis quoque litibus inuolutam quotidie *ſubhaſtationem* cernimus, quoties concurſus plurium efficit, vt de iure ac loco priori inuicem contendant. Quae contentio tanto frequentior, quo magis in venditione ſub haſta non cum vno res agitur, ſed *plures* ad licitandum euocantur, adeoque concurſus perſonarum eandem rem efflagitantium hic *per ſe*, in aliis caſibus antea praemiſſis magis *per accidens* oritur. Concurſus is aut licitantes *inter ſe*, quorum vnus alterum excludere intendit, concernit; aut inter illos vel cum *creditoribus* vel cum ipſo *debitore* ſe exſerit. Circa illum quidem caſum quaeſtio prioritatis, pendente termino licitationis, otioſa eſt, poſtquam *cuilibet* permittitur pretium pro re ſubhaſtanda offerre, nec *prior* licitatio vllam praerogatiuam infert, ſi Saxoniam exceperis, quae iuri *primae licitationis* admodum fauet, dummodo ante effluxum licitationis terminum exerceatur, CARPZ. *p. I. C.* 32. *dec.* 24. quamuis illud ob varia incommoda per *ordin. proc. recentiſſ. Tit. XXXIX.* §. 16. in terris Electoralibus ſublatum. Poſt *effluxum* terminum vero magis lis, quis inter plures licitatores praeferendus ſit, oritur, quae ita legibus deciſa eſt, vt cuius licitum *meliorem* conditionem coniunctam habet, ſiue quoad *quantitatem*, ſiue quoad *qualitatem* pretii, ſiue quoad *modum* ſoluendi, is aliis potior ſit *Circa ſubhaſtationem.*

 in

ſionis acceptio non profutura eſt, propter exceptionem *doli* obſtantem. BRVNN. *ad l.* 15. *C. de R. V.* BERG. *ſuppl. ad elect. diſc. forenſ. p. II. p.* 216. Sunt quoque, qui *donationem* per principem duobus ſeparatim factam a regula eximunt, quorum ſententia tamen ex falſo praeiudicio, quod in huiusmodi contractu dominium *ipſo iure* transferatur, oritur, cui dicam ſcripſit. *Dn.* PRAESES *de ficta domin. translat. ex contr. princip.* Quae hactenus propoſita, etiam ad *locationem rerum* merito trahenda. Si enim vendens poſteriorem emtorem traditione dominum facit; quanto magis locator poſteriori *conductori* vſum per translatam poſſeſſionem efficaciter concedere potuit in rem alii iam locatam?

Circa praxin actionis publicianae. §. XIX. Idem prorſus prioritatis fundamentum vſum actionis *publicianae* moderatur, quoties duo *bonae fidei* poſſeſſores inter ſe circa rem acquiſitam concurrunt, et de *praeferentia* litigant. Vti enim ea actio tantum b. f. poſſeſſori poſſeſſione amiſſa contra *deteriore* iure poſſidentem, qualis *ordinarie* eſt, qui mala fide acquiſiuit, datur: ita contra *aeque* titulatum poſſeſſorem b. f. non competit, ſed eius poſſeſſio efficit, vt in *pari* cauſſa abſoluendus ſit. *l.* 128. *de R. I.* Cui non obſtat indoles *rei vindicationis*, ad cuius exemplum publiciana inuenta *l.* 2. §. 8. *de publ. in rem actione*, et in qua prioritas *traditionis* alios poſtponit. Nam *diuerſitatis* ratio manifeſta eſt. In *rei vindicatione* prior praefertur, quia ex *dominio* vero oritur, quod is ſine dubio acquiſiuit, alter vero, cui *poſtea* tradita, nullo iure vtitur; aſt in *publiciana* neuter dominus, ſed *vterque* in bona fide eſt; conſequenter, quia vterque in *pari* cauſſa conſtitutus, *poſſidens* praeferri debuit. Neque hic, vtrum ab *eodem*, an *diuerſo* non domino quis acquiſiuit? diſtinguendum, vt recte docuit Dn. PRAESES *ad ff. tit. de publ. act.* §. *fin.* quum illa diuerſitas mere *accidentalis* ſit, neque praerogatiuas poſſeſ-

Digitized by Google

poſſeſſionis in huius actionis vſu immutare queat, teſte NERATIO, in *l.* 31. §. *fin. de act. emt. vend.* Nec *l.* 9. §. 4. *de publ. in rem act.* aliud euincit, vt ſatis docuere FAB. *in rational. ad cit. l.* et Dn. PRAESES *in tr. de Act. Sect. II. c.* 2. §. 21. Adeoque exceptio *iuris aequalis* reo ſemper ſalua eſt, ad ſubmouendum actorem. Plane ſi ab *eodem* non domino *duobus* res venditur, et ambo *ſimul* experiuntur contra poſſeſſorem tertium, ſiue alteruter *interueniat*, ſiue vterque *aeque principaliter* agat, potior cauſſa erit eius, cui priori res tradita. *l.* 9. §. 4. *de publ. action.*

§. XX. Maximis quoque litibus inuolutam quotidie *ſubhaſtationem* cernimus, quoties concurſus plurium efficit, vt de iure ac loco priori inuicem contendant. Quae contentio tanto frequentior, quo magis in venditione ſub haſta non cum vno res agitur, ſed *plures* ad licitandum euocantur, adeoque concurſus perſonarum eandem rem efflagitantium hic *per ſe*, in aliis caſibus antea praemiſſis magis *per accidens* oritur. Concurſus is aut licitantes *inter ſe*, quorum vnus alterum excludere intendit, concernit; aut inter illos vel cum *creditoribus* vel cum ipſo *debitore* ſe exſerit. Circa illum quidem caſum quaeſtio prioritatis, pendente termino licitationis, otioſa eſt, poſtquam *cuilibet* permittitur pretium pro re ſubhaſtanda offerre, nec *prior* licitatio vllam praerogatiuam infert, ſi Saxoniam exceperis, quae iuri *primae licitationis* admodum fauet, dummodo ante effluxum licitationis terminum exerceatur, CARPZ. *p. I. C.* 32. *dec.* 24. quamuis illud ob varia incommoda per *ordin. proc. recentiſſ. Tit. XXXIX.* §. 16. in terris Electoralibus ſublatum. Poſt *effluxum* terminum vero magis lis, quis inter plures licitatores praeferendus ſit, oritur, quae ita legibus deciſa eſt, vt cuius licitum *meliorem* conditionem coniunctam habet, ſiue quoad *quantitatem*, ſiue quoad *qualitatem* pretii, ſiue quoad *modum* ſoluendi, is aliis potior ſit *Circa ſubhaſtationem.*

 in

in petenda rei *adiudicatione*. Primus licitator ergo praefertur, ſi nemo ſuperlicitauerit, eamque conditionem *tacite* connexam habet omnis licitatio; vſque adeo vt *vltimo* die licitaturus adhuc admittatur, nec niſi *effluxo* eo praecludatur, teſte CARPZOVIO *P. I. C.* 32. *d.* 40. Alia ratio eſt ſi *debitor* qui *reluere* rem contendit, vel alteruter ex *creditoribus*, qui ius *protimiſeos* ſibi aſſerit, cum illo, qui *maius* pretium obtulit, concurrit. Vterque enim effluxo demum termino licitationis interueniendo litem de prioritate huic mouet, eumque excludere intendit. Et circa *creditores* quidem conclamatum eſt, eorum quemlibet, vel inter plures concurrentes, cui *maior* ſumma debetur, facultatem habere, *idem* pretium, quod alius ſuperando licitauit, offerendi, et hoc ipſo praerogatiuam petendi tamdiu, quamdiu *adiudicatio* nondum ſecuta. Id enim manifeſte adparet ex *l.* 16. *de reb. aut. iud.* quae quantumuis *indefinite* de venditione loquatur; recte tamen ad *publicam* tantum reſtringitur; in *priuata* autem ea praerogatiua prorſus reiicitur a LEYSERO *ſpec.* CXCVI. *med. fin.* Similiter a *debitore*, cum licitante concurrente, *reluitio* oblata efficit, vt creditor ipſi cedere teneatur. Quod minus dubii habet, ſi terminus licitationis adhuc currit, debitorque interim ad *meliorem* fortunam peruenerit, per ea quae tradit CARPZ. *c. l. def.* 44. Eo autem effluxo ius perfecte licitanti quaeſitum eſt, quod ob fidem *haſtae publicae* facile conuelli, et ſic reluitio admitti nequit, quamuis, in *Saxonia* iſta intra annum etiam poſt adiudicationem admittatur CARPZ. *c. l. d.* 25. Plane, ſi citra ſubhaſtationem res a debitore creditori *in ſolutum* datur, omnis reluendi facultas corruit, eo quod debitor per *voluntariam* addictionem pretium ipſemet elegit, nec pinguiorem emtorem quaerere voluit, docente EODEM *cit. loc. def.* 60.

§. XXI.

§. XXI. Quas lites porro concurſus *iuramentorum* in foro non parit? ſaepe enim cauſſa ita inuoluta et qualificata eſt, vt pro *duplici* iuramento militent rationes, vtrumque tamen *ſimul* ob manifeſtum ſub alterutro latens *periurium* admitti nequeat, adeoque pro vno tantum pronunciandum ſit. Concurrunt nimirum iuramenta vel in *vna* eademque perſona, vel in *diuerſis*. Illud potiſſimum fit, quoties in proceſſu *poſitiones* oblatae, vterque litigans iuramentum *dandorum* et *reſpondendorum* praeſtitit, et tamen *reo* neganti ab *actore* poſtea iuramentum iudiciale defertur, quod fieri poſſe docet BRVNNEM. *in proc. ciuili C. XXIII. n.* 10. Ita enim ad periuria manifeſte ianua aperitur; et tamen proceſſu iſto admiſſo vix medium eluctandi ſupereſt, quum, ſi vel maxime probatio per *delationem* iuramenti excluderetur, tamen alterutrius actoris vel rei iuramentum *poſitionibus* adiectum *falſum* ſit, et *plerumque* in *periurii* reatum incidat. Vnde iſte procedendi modus rectius in pluribus locis reprobatur. Hoc autem contingit, ſi *actor* qui ſemiplene probauit, ad *ſuppletorium*, reus vero ob iuſtas cauſſas ad *purgatorium* admitti poſtulat. Quo caſu quum in dubio partes rei ſint fauorabiliores, pro reo merito pronunciadum, veluti ſi is de *veritate*, actor de *credulitate* iuraturus eſſet; MEV. *p. III. d.* 402. BERG. *elect. diſc. for. tit.* 32. quamuis idem autor conditionem *cauſſarum* et *perſonarum* probe examinandam eſſe commendet, quum nonnunquam cum *purgatorio* tali non leuis *periurii* ſuſpicio concurrat, contra cauſſa actoris *veriſimilior* isque bonae conditionis ac vitae integrae fuerit, vt magis ad iuramentum *credulitatis* ſuppletorium admittendus ſit. Vnde, quia hic mirum in modum circumſtantiae variare poſſunt rectius deciſio quaeſtionis arbitrio prudentis iudicis ſubiicitur, teſte Dn. PRAES. *Tom. I. Conſult. P. I. dec.* 499. *in f. p. II. d.* 740. *Circa iuramenta.*

Digitized by Google

740. *n.* 9. Sed de hac ſpecie pluribus agere ſuperſedeo, poſtquam eam ex profeſſo ſub examen vocauit IO. SAM. STRYK. *de concurſu iurament.*

Circa hereditatis diuiſionem.

§. XXII. Fere omiſiſſem concurſum omnium famoſiſſimum his interſerere, qui in communis *hereditatis* vel rei ſingularis *diuiſione* ſeſe exerit. Ea enim vix ſuſcipitur, quin *prioritatis* quaeſtio moueatur, ſine qua contentio plurium hic decidi nequit. Equidem in hereditate omnium omnino heredum ius eſt *aequale*, vsque adeo, vt ne quidem *ſexus* habeatur ratio, nec *fratris* in adiudicatione bonorum paternorum prae ſororibus melior ſit conditio, quicquid dicat MEV. *p. II. dec.* 51. quum IVSTINIANVS aequalitatem inter vtrumque ſexum ſemper ſeruari voluerit. *per l.* 4. *C. de lib. praeter.* Multo minus qualitas *primogeniturae* in concurſu liberorum legem prioritatis circa res indiuiduas dat, ſi vel maxime de *feudis* quaeſtio eſt 1. *Feud.* 8. 1. *Feud.* 1. §. 1. niſi quod in feudis *regalibus* plerisque poſtgenitorum ſit cedere *primogenito* ex moribus gentium. Neque audiendi ſunt, qui ei rem indiuiduam adiudicant, qui ex *maiore parte* heres eſt, vti ex *l.* 34. §. 2. *C. de donat.* colligunt BRVNNEM. *ad cit. l. n.* 22. LAVTERB. *ad ff. tit. commun. diuid.* §. 15. quae de caſu *ſpeciali* loquitur, quum ſingulae res ſingulis adiudicandae per *l.* 3 §. 4. *C. commun. diuid.* quod, poſita illa praerogatiua, fieri non poſſet. VOET. *ad tit. fam. herciſc.* §. 22. Nihil ergo ſupereſt, quam vt *licitatione* negotium inter heredes concurrentes expediatur, ita vt, qui *maius* pretium obtulit, totam rem accipiat *l.* 1. *C. commun. diuid.* vel *ſorte* iudice praerogatiua decidenda. *l.* 2. *pr. C. quando et quibus quarta pars etc. l.* 5. *ff. famil. herciſc.* Maxime cum etiam in aliis iuris articulis, quoties iura omnium ſunt *aequalia* resque aliter exitum habere nequit, *ſorte* diſcerni ſolet, cuius *melior* eſſe debeat conditio,

vti

Digitized by Google

vti apparet ex *l.* 14. *de re iudic. l.* 3. *pr. C. commun. de legat.* §. 23. *I. de legat. l.* 24. §. 17. *ff. de fideicomm. libert.* Taceo in praeſenti mores *Saxonicos*, qui ex iure veteri Germanico inter heredes *eiusdem* ſexus *maiorem* diuidere, *minorem* eligere; ſin *diuerſi* ſexus, *feminam* partes facere, *maſculum* ius optandi exercere iubent. BEYER *in ſpec. iur. Germ. L. IV. c.* 13.

§. XXIII. Vti in hereditate diuidenda plures plerumque concurrere ſolent, de quorum praerogatiua conſtare debet; ita eadem lis, in *electionibus* inter plures candidatos, ex quibus vnus muneri vacanti praeficiendus, emergit, cuius deciſio ex ſola *praerogatiua*, quam hic, vel ille ſibi aſſerit, petenda. Eius rei vſus potiſſimum in conferendis *beneficiis eccleſiaſticis* cernitur. Equidem ſi de votis *maioribus*, a quibus *ordinarie* pendet collatio beneficii vacantis, conſtat, res clara, quia illis ipſis ſatis *praerogatiuae* ineſt, ad excludendos reliquos candidatos. Quid vero ſi duo pluresue vota *paria* habeant et eligentes votis ſuis adeo tenaciter inſtent, vt neuter alterum in ſuas partes trahere poſſit, nec ſpes ſit vt *noua* electione vota maiora pro aliquo obtineri poſſint? Sorte litem dirimendam nonnulli monent. CARPZ. *l.* 1. *iurispr. eccl. Tit.* 4. *def.* 45. *n.* 7. STRYKIVS *ad ff.* BRVNNEMANN *ius eccleſiaſt. L. II. c.* 18. §. 56. et praxis hinc inde confirmat, quod etiam aequitati apprime congruit. Tametſi enim alii, neſcio, quid *ſacrilegi* in hac deciſione quaerant, et ideo *bonis moribus* refragari teſtentur; id tamen cum ex confuſione *ſortis diuinatoriae* ac *deciſoriae*, tum ex vana *ſcandali*, quod hic fingitur, opinione repetendum, quam ex profeſſo profligauit B. de LVDEWIG *de ſorte ſuffragatoria*, cuius ſcrinia non expilabo. Quid ſi porro candidatorum vnus *eli-*

Circa electionem.

Digitized by Google

gibilis alter *poſtulabilis* fuerit? quorum illum vocamus, cui nullus *defectus*, quin ſecundum *canones* admitti poſſit ad officium, obſtat; hunc vero, qui *qualitatibus canonicis* deſtitutus, non niſi per *gratiam* admittendus eſt. Hoc praeſertim apud Catholicos in *praelaturis* perſaepe contingit, et *diuiſioni* votorum occaſionem dat, quum ille quidem hunc, non hic illum per vota *maiora* excludere poſſit. Vnde in hoc concurſu capitulum eligibilem non aliter removere poteſt, quam ſi is *duplo maiora*, et quidem non ratione *praeſentium*, ſed ratione totius *capituli* habeat, vt clare definitum in *c.* 40. *X. de elect.* Sicuti vero ius canonicum *ampliſſimum* eſt in excogitandis remedijs, quibus, quod directo fieri nequit, per *indirectum* admittatur, ita hic quoque quoties poſtulabilis a pontifice *decretum eligibilitatis* impetrauit, is per vota *maiora* ad beneficium adſpirare, et litem de duplo maioribus anteuertere poteſt. Maior ratio dubitandi in praelaturis *A. C.* occurrit, vbi ſaepe quaeritur, an duplo maiora requirantur. Nam ſecundum *I. P. art. V.* §. 21. poſtulati praelati ſine vlla *exceptione* admittuntur, et poſtulationis *idem* apud nos eſt effectus, ac electionis, adeo vt *promiſcue* electi, et poſtulati in I. P. vocentur. Quicquid tamen ſit, dum *proteſtantes* poſtulationis et electionis *diuerſas* denominationes retinent, reapſe oſtendunt, ſe *priſtinis* inſtitutis inhaerere, in quantum I. P. in iis nil mutavit, nec A. C. *aduerſum* quid continet, quod de diſpoſitione cit. *c.* 40. dici nequit. Vnde ſi *Abbatiſſa* eligenda diuiſis votis in *duas* perſonas, quarum altera eligibilis, altera ob defectum aetatis poſtulabilis, huic non aliter quam per vota *duplo maiora* via ad beneficium patere poteſt. Quum enim in aliis *ſtricte* obſeruari ſoleat a capitularibus *forma electionis*, quidni in hac re locum habebit, quum A. C. ea diſpoſitio omnino non refragetur? Idem quoque in prae-

Digitized by Google

praelaturis ac *balliuiis* ordinum *militarium* A. C. contingere ſolet, ſi candidatus alteruter, cui iuxta *ſtatuta* eorum *defectus* quidam obſtat, cum alio qui *ſimpliciter* habilis eſt, concurrit: is enim proprie non *eligitur*, ſed per *poſtulationem* ſecundum quid talem h. e. mediante *diſpenſatione* demum promouetur. Vnde huic *duplo maioribus* votis opus eſſe, vt vincat eligibilem, recte docet BECKMANN. *in hiſt. ordin. Ioh. c. V.* §. 4. *in f.*

§. XXIV. Nonnunquam in *iudiciis* contentio feruet, ſi plures *iudices* concurrunt, et quilibet circa rem in litem deducendam *priuatiue* cognitionem ſibi tribuit ad tuendam ſuam iurisdictionem. Saepe enim fines iurisdictionis ſunt *dubii*, vt tum circa *cauſſam* in litem deducendam tum circa *perſonas* iudicio ſubiiciendas pro vtroque iudice concurrente rationes militent, adeo vt vix vnquam exiſtat iudicium, quin cum alio in certis cauſſis committatur, et de *laeſa* ac *turbata* iurisdictione querelas moueat. Quibus caſibus vix aliunde quam ex *priuilegio*, litteris *inueſtiturae*, aut arbitrio *ſuperioris* deciſio, quis alteri cedere debeat, petenda. Sed aliquando ipſae leges concurſum plurium iurisdictionum quidem ſtabiliuerunt et omnium ius *aequale* eſſe voluerunt, ſimul tamen de *praerogatiua* quid edixerunt. Tale quid in cauſſa *delicti* commiſſi contingit, vbi leges concurſum iudicis *delicti* commiſſi, *domicilii* et *deprehenſionis* probant. *l.* 1. *C. vbi ſenat. l.* 1. *C. vbi de crim.* Inter hos iure Romano ſemper primae ſunt partes eius, apud quem *delictum* commiſſum, quoties is remiſſionem *flagitat*, quia ad hanc quilibet iure perfecto obligabatur. *l.* 28. §. *pen. de poen. l.* 3. *ff. de re milit.* Si non remiſſionem vrgebat, inter reliquos *praeuentioni* locus erat, vti *l.* 1. *C. vbi de crimin.* recte interpretatur ZIGLER *in dicaſt. concl. XV.* §. 40. Circa plura fora.

Ffff 2 Hodie

Hodie ea remiſſio in Germania ob *diuerſum* ſtatum reipublicae non ſemper eſt *neceſſitatis*, adeoque praerogatiua foro delicti cohaerens fere exaruit. Quo poſito, *praeventio* hodie non poteſt non medium eſſe, quo lis de *praerogatiua* alterutrius fori deciditur. Praeueniſſe autem cenſetur, non tantum qui reum *prehenſum* carceribus incluſit, ceu vulgo traditur; verum etiam qui primum *edicto* abſentem citauit, vsque adeo, vt, ſi rectam iuris rationem ſequimur, alius hoc facto eundem *apprehendere*, ſibique forum fundare prohibeatur. Quodſi enim ab ipſa *in ius vocatione* iudiciorum omnium principium deriuandum, *§. f. I. de poen. tem. litig.* praeterea in ius vocatio *praeuentioni* locum facit, *l. f. C. de in ius voc. l. 7. ff. de iudic.* eo quod lis ibi finem accipere debet, vbi initium habet, *l. 30. ff. de iudic.* citatio per *edicta* autem aeque ac apprehenſio perſonae iudicii criminalis inchoandi cauſſa comparata eſt, adeoque *litis pendentiam* vere conſtituit; nulla ſane ſolida ratio, cur praeuentio non aeque ad hanc, quam ad illam pertineat, dari poteſt. Neque obſtat, quod a nonnullis traditum eſt, eum qui *verbalem* citationem promulgauit, ſupplicium quidem in abſentem *conſtituere* poſſe, hautquaquam tamen *executioni* dare. VOET. *ff. tit. de iud. §. 70.* Cum enim a virium *naturalium* defectu ad facultatis *moralis* denegationem non valeat conſequentia, et iudex *domicilii*, qui in ciuilibus ſine dubio ſemper eſt competens, ſaepe decretum ſuum ob rem *alibi ſitam* exequi impediatur; non eſt, quod ſana ratione eo ſolo praeuentio iſthaec in dubium vocetur. Longe minus LEYSERI *ſpec.* LXXIV. *n.* 8 expoſita ſententia fundata eſt, qui arreſtum *rebus* bonisque fugitiui impoſitum, quantumuis reus ibidem nec *domicilium* habet, nec *apprehenſus* eſt, *praeuentionem* conſtituere exiſtimat. Vti enim tale rerum arreſtum tantum *rei ſitae*

ſitae forum quodammodo fundat, huius autem ſolum, vbi *res* petitur in ciuilibus, non vero vbi *poenae*, quae perſonaliſſima eſt, perſecutio fit, nihil quicquam quod huic ſuffragari ſententiae poſſet, ſupereſt. Idque ſufficienter *c. l.* 1. *C. vbi de crim.* comprobat, in qua non de vlla *rei*, ſed *perſonae* apprehenſione agit Imperator, eam non omiſſurus, ſi cum hac *poſteriori* pro fundanda iurisdictione eiusdem ſortis eſſe exiſtimaſſet. Atque hactenus tria ſupra memorata fora inter ſe certant. Aliquando plures quorum quilibet iudex *delicti* eſſe cupit, et ſic ex *eodem* fundamento concurrunt, quo caſu vtrum praeuentioni per *edictum* locus ſit, an *communi* nomine citatio, ac inquiſitio, quod plerique ſuadent, ſuſcipienda, acriter inter ſe diſputant. Conſultius vtique eſt, etiam hic *praeuentioni* per citationem alterutrius locum dare, vt ingentes difficultates, quae iudicium *mixtum* comitantur, et moram faciunt cognitioni criminali, praecaueantur ANT. MATHAEI *de crim. l.* XLVIII. *tit.* XIII. *c.* 5. *n.* 6. Quem in finem ſat prudenter ea praeuentio in caſu praeſenti alicubi diſerte legibus *prouincialibus* probata, vt factum in *ordin. crimin. Boruſſ. Cap. III.* §. 5.

§. XXV. Quis crederet, etiam inter *principes* certari de praerogatiua, ſi plures ex iure aequali concurrunt, et ſic neuter alteri cedere vult. Primaria lis hic ſolet de *ordine* et *praecedentia* eſſe non de *excluſione* totali, vti quidem hactenus aliquot exemplis oſtenſum. Pertinet huc lis de *proedria* principum in genere, quam tanto magis quemlibet noſſe oportet, quanto minus negotia *publica* diuerſarum rerum publicarum inter ſe ſine ea diſceptatione explicari poſſunt. Dum haec conciliant, in *votando, ſedendo, eundo, ſubſcribendo, ſalutando* inter ſe litigant, et quidem *Circa praeferentiam principum.*

vel *principes* ipſi, vel qui eorum vice cum aliis concurrunt, *legati*, vſque adeo, vt ea diſputatio ſaepius cauſſae *principalis* diſquiſitionem, plus quam par eſt differat. Sua natura omnes principes inter ſe in ſtatu *naturali* et *aequali* viuunt, nec *antiquitas* regni, familiae, nec *amplitudo* et opulentia ditionum, nec *potentia*, nec *qualitas* poteſtatis, nec *tituli* ſplendor vnum alterumue melioris, aut deterioris conditionis faciunt, vt pluribus docuit IACOB. GOTHOFRED. *de iure praecedent.* et FVRSTENERIVS *de ſuprematu.* Solum ergo pactum ſiue *expreſſum* ſiue *tacitum* actibus pluribus firmatum, ius perfectum parit, aduerſus alios reges, ex quo alter prae altero *praecedentiam* iuſte tueri poteſt. * PVFFENDORFF. *de I. N. et G. L. VIII. c.* 4. Idem fere fundamentum prodeſt principibus *Imperii* noſtri, quoties in *comitiis* inuicem concurrunt et de negotiis publicis deliberant. Quamuis enim horum controuerſiae ex legibus *publicis* ſint decidendae, nemo tamen ignorat, earum perpaucas hac de re extare, et pleraſque praerogatiuas ſtatuum cum aliis iuribus ſolo *vſu* longaeuo, et non interrupto niti, et ſtabiliri. Non opus eſt lites iſtas ſigillatim percurrere; earum enim ſunt innumerae, vt longior diſquiſitio iuſtum exercitationis huius modum excederet. Lubens alias praetereo, et in ea, quae *quotidiana* fere eſt, ac in *deliberationibus comitialibus*, votiſque eam in rem edendis ſe ſe exſerit, ſubſiſto. Quot enim ſunt ſtatus, quorum non aliqua cum aliis ea de re occurrit contentio? Pugnant circa praecedentiam *directores*, quales ſunt Archidux Auſtriae et Epiſcopus Salisburgenſis, dum *propoſitionem* quilibet ſibi vindicat, qua in re *alternatio* hactenus placuit, ea tamen cum praerogatiua Auſtriaci, vt hic *primus* rem in comitiis ad deliberandum proponat, eaque diſcuſſa, ius proponendi ad Salisburgenſem deuoluatur, quamuis ne haec

via

Digitized by Google

via quidem extra controuerſiam ſit, teſte WAGENSEILIO *de comitiis vniuerſ. Imp.* §. 42. Certant circa ſeſſionem *duces* principesque maiores, veluti *Bauarus* cum comite *Palatino* Rheni, ſummus *ordinis Teutonici Magiſter* cum epiſcopo *Bambergenſi* aliisque praelatis. Certant comites *Sueuici* cum *Wetterauicis*, quibus in defectu *quietae poſſeſſionis* non aliter medendum, quam vt vel *proteſtatione* vnus alterue ſibi conſulat contra alterum, vel quod hactenus placuit, mediante *alternatione* concurrant, qua de re ſchema quomodo principes ſedent, alternant, conſultant, denique inter ſe ratione *proedriae* proteſtantur, vide apud AVT. *der Grund-Veſte*, item *Europ. Herold. p.* 459. *ſeq.* In eo ſolo ſecundum quid diſceſſum a more praeeundi recepto quod in concurſu *principum*, et *legatorum* cedant legati *abſentium* anteriorum *praeſentibus* poſterioribus. Ita ſaltim inuicem conuenerunt *electores* Ao. 1653. in tranſactione, cuius formulam exhibet LVNIG *R. A. part. ſpec. art.* 109. *Autor der Grund-Veſte, p.* 2. *c.* 4. ſaluo tamen ſemper *directorio* et laterum ac *votorum* ordine. Notiſſima ſunt monumenta de eodem anno, quibus pro CAROLO LVDOVICO Palatino pronunciatum, quum legatus Bauari illum anteire tentauerat. CRVSIVS *de praeeminent. C. XI. n.* 9. Aliud dicendum, ſi diuerſi ordinis fuerint, nam *legatus electoris* nunquam cedit *ducibus marchionibus* aliisque in perſona *praeſentibus*, vid. HILDERBECK *im teutſchen Reichs-Staat. p. III. c.* 16. §. 7. Denique frequentiſſimus eſt in comitiis votorum concurſus, quorum pars *maior* minorem ordinarie vincit, praeterquam in iis caſibus, quibus ius *eundi in partes* inter plures concurrentes obtinet, de quo plenius egit SCHWEDER *de caſib. a iur. maior. part. in comit. Imp. Germ. except.* Et quis omnes modos litem de praerogatiua in concurſu principum decidendi recenſeret?

§. XXVI.

Digitized by Google

Circa feuda ſiue domini concurrant

§. XXVI. Pergo ad ius feudale, oſtenſurus, qua ratione etiam circa *feuda* in concurſu plurium dominorum et vaſallorum, cuius melior ſit conditio, iudicari debeat. Et circa concurſum *dominorum* quidem duo caſus famoſi occurrunt. Aut enim plures *diuerſorum* feudorum eiusdem vaſalli ſunt domini, aut pluribus in *eodem* feudo dominium directum competit. Hoc caſu omnibus ac *ſingulis* quidem vaſallum ad praeſtandum ſeruitium obligatum eſſe conſtat, quia *vnum* eſt feudum, et ſic *vna* tantum obligatio, eaque, quia in *facto* conſiſtit, regulariter *indiuidua*. Quo fit, vt ſi vni *ſolida* ſeruitia, quanta do iſto feudo debentur, praeſtita a vaſallo, is liberetur, et reliquis dominis non amplius teneatur. 2. *F.* 55. §. 2. 2. *F.* 77. STRVV. *ſynt. iur. feud. c. XI. th.* 7. *n.* 4. Quid ergo ſi vterque *ſimul* ea vrgeat? *Praeuenientis* hic meliorem eſſe conditionem, ratio iuris poſtulat, adeo, vt qui primus vaſallum *interpellauit*, huic is ſeruire teneatur; ROSENTHAL *de feud. concl.* 12. *n.* 6. niſi forſan ſeruitium in *dando* conſiſtit, quod *diuiduum* eſt, et ſic vaſallum obligat, vt cuilibet *pro rata* teneatur. FRANZK. *L. I. Reſ. XIX. n.* 38. Quodſi de dominio directo inter plures *litigatur*, is qui in *poſſeſſione* feudi eſt, praefertur; ſi *neuter* poſſidet, pendente lite etiam *neutri* ſeruiendum. Illo caſu quoties vterque *eodem tempore* ſeruitia poſtulat, *antiquior* praefertur, vel ſi de eo non conſtet, qui *interpellando* alterum praeuenit, ſaluo reliquorum iure, per *ſubſtitutum* ſeruiendi. KNICHEN *de veſt. pact. P. II. c.* 5. *n.* 43. KOHL. *P. II. n.* 9. Idque non tantum ſi conditionem vaſalli *ſciuit* poſterior dominus, verum etiam ſi *ignorauit*, obtinet, quum priori ius quaeſitum tolli nequeat. HORN. *iurispr. feud. c.* XVIII. §. 13. Aeſtimatur vero antiquior non ex tempore *praeſentis* vaſalli, ſed *primi* acquirentis, adeoque is praeferendus eſt, a quo ille, non praeſens poſſeſſor *primum*, praeſtito fidelitatis

Digitized by Google

tatis iuramento, inueſtitus eſt 2. *F.* 52. *c.* 2. ROSENTHAL CVIII. *concl.* 17. *n.* 2. Idem dicendum ſi domini inter ſe *bello* committuntur, adeo vt ne quidem *poſteriori* per ſubſtitutum contra antiquiorem ſubuenire teneatur, quicquid dicat KOHL. *p.* VIII. *n.* 42. *ſeq.* Si enim vaſallus poſteriorem contra *priorem* non tenetur *iuuare* 2. *F.* 28. *c. f.* nec etiam licebit *ſubſtitutum* mittere, et ita per *indirectum* ei aſſiſtere SCHRADER *de feud. p.* VI. *c.* 6. *n.* 20. *ſeq.* Quod vti iure *Langobardico* certum eſt, ita ſecundum praxin hodiernam aliud prorſus obtinere, probare tentauit FVRSTENERIVS *de ſuprematu c.* XVIII.

§. XXVII. Quod ad *vaſallos* attinet ſi in vno eodemque feudo concurrunt, quod mortuo vaſallo, relictis liberis contingere ſolet, de praerogatiua quidem fruſtra quaeritur, quum omnes, ſiue feudum pro *diuiſo*, ſiue pro *indiuiſo* poſſident, aequaliter ad ſeruitia, ac renouationem obligentur. 2. *F.* 77. 2. *F.* 22. §. *omnes.* Iure Alemannico tamen *ſenior* iure ſenioratus exigere poterat, vt feudum ad tempus *vitae* poſſideret, fratribusque alimenta inde praeſtaret. *Ius Alem. feud. C. LII. LX. LXI. ibique* SCHILT. Sed deſiit iſta praerogatiua, ſaltim in *Saxonia*, fratribusque diuiſionem vrgentibus non deneganda eſt inueſtitura, teſte HORNIO *c.* XV. §. 18. Maxima quoque in concurſu *ſimultanee inueſtitorum* lis ſuper prioritate vertitur, inprimis ſi de *ſucceſſione* inter ſe contendunt. In Saxonia lis illa feruet, vbi *collateralium* nulla eſt ſucceſſio, niſi vi *ſimultaneae inueſtiturae* ſpem ſuccedendi acquiſiuerint. Hac ergo ſecuta, feudo aperto admittuntur, vt tamen in *concurſu* plurium nec *ſanguinis*, nec *gradus*, nec *lineae* praerogatiuae ratio habeatur, ſed omnes aequo et pari iure *ſimul* admittantur. Interim aliquando concurſum huncce ſiſtit praerogatiua per *pactum* indulta 1) ſi ſimultanea inueſtitura: *nach rechter Sip-Zahl* conceſſa, quandoquidem tunc ordo

Siue vaſalli.

Siue ſimultanee inueſtiti.

Digitized by Google

ſucceſſionis ciuilis, et *graduum* praerogatiua placuiſſe cenſetur CARP. *p.* III. *C.* 29. *d.* 9. quo etiam II) refero ſi verbis *aequipollentibus* ſucceſſionem proximioribus reſeruauit concedens, veluti ſi ſcriptum fuerit: *daſs die nächſten Vettern im Lehn ſuccediren ſollen:* Alicubi III) ſi vel maxime in litteris inueſtiturae graduum non mentio facta, vi *conſuetudinis* receptae tamen proximi remotiores excludunt, vt de *Thüringia* teſtatur COLER *p. I. dec.* 52. de *Luſatia* ob priuilegium Maximilianeum HORN. *C. XVI.* §. 14. Aliquando iterum IV) *lineae* habetur ratio, vt vna decedente, altera demum admittatur, et a concurſu ſuccedendi praeſenti excludatur. STRVV. *S. I. F. C. IX. th. XVI. n.* 8. Quid? quod V) nonnulli in *collectiuo nomine* vocatis graduum ordinem ſeruandum eſſe contendant, veluti ſi quis inueſtitus: *vor ſich und ſeine eheliche Leibes-Erben.* Sed dudum eam ſententiam profligauit. BERL. *p. II. concl.* 53. *n.* 64. cui merito ſubſcribo, quia hic denominandi ſimultanee inueſtitos modus, non tam *gradibus* fauere, quam ſucceſſionem in *ſtirpes*, vel *capita* reſpicere videtur.

§. XXVIII. Poſſem hoc thema adhuc pluribus exemplis exornare, ſi rationes inſtituti praeſentis id exigerent; ſed lubens hic pedem figo, contentus oſtendiſſe, diſceptationem de iure prioritatis inter plures concurrentes ad ſolum creditorum concurſum non reſtringendum eſſe.

EXER-

Digitized by Google

EXERCITATIO LXXXIX.

AD LIB. XLII. PAND. TIT. V.

DE

PACTO REMISSORIO MOTO CONCVRSV.

ARGVMENTVM.

I. II. Concurſus creditorum. III. Modus procedendi in eodem. IV. Pactum remiſſorium, etiam a maiori parte creditorum initum, reliquos obligat. V. Quo caſu hoc aequum? VI. Ratio huius pacti inprimis ex iure mercatorio Lipſienſi. VII. Eius requiſita, vt minor pars creditorum ex eo teneatur. VIII. Supponit debitorem dolo haud factum eſſe non ſoluendo. IX. Inter quos creditores efficaciter ineatur? X. De parte debiti remiſſa, eiusque computatione. XI. Maior creditorum pars quomodo aeſtimanda? XII. Pactum remiſſorium iudicialiter ineundum. XIII. Prodeſt cuilibet debitori eiusque heredibus. XIV. Caſus ſpeciales quibus creditores non conſentientes ex eo non tenentur. XV. Non tenentur, niſi eodem rite inito. XVI.-XVIII. Lata ſententia prioritatis, a maiori parte creditorum iniri nequit, XIX. XX. bene tamen omnium creditorum conſenſu. XXI-XXIV. Nec maior pars minori praeiudicat. XXV. Quo tempore moto concurſu vtiliter ineatur?

§. I.

Si quid eſt, quod humanam ſocietatem conſtituit pariter ac conſeruat: certe mutua inter homines officia, quae *lex naturae* a quouis poſtulat, omnia praeſtant. Tolle iſta, *Prooemium.*

 et

Digitized by Google

et mox ſocietas humana, ſi non penitus diſſoluta, imminuta tamen euadet. Romanorum oratorum princeps in tribus *de officiis* libris ea, quae huc ſpectant, ſatis ſolide demonſtrat, egregie philoſophatur, et magna verborum concinnitate atque elegantia in tractando hoc argumento vtitur. In formam artis autem iſtam *de officiis* doctrinam laudabili conatu redigendam curarunt HVGO GROTIVS *in libro de iure belli ac pacis*, et celeberrimus L. B. de PVFENDORF *de iure naturae et gentium*, quod poſtea in libello *de officiis hominis et ciuis* concinna breuitate contraxit et in nucleo quaſi propoſuit. Quocirca operam perderem, ſi de natura atque indole *officiorum* in medium multa proferrem. Sufficit ad filum meum perducendum, hoc ſaltem monuiſſe: referendum quoque eſſe inter *officia* quorumlibet erga quoslibet, vt homines ſe inuicem bonis ſuis adiuvent, fidem de pretio habeant, egenis ad negotiandum et ſe exhibendum, donec melior fortuna illis affulgeat, auxilio ſint, et maxime ad hanc promouendam mutua ſubſidia contrahant et leuamen inopibus adferant. Verum enim vero haec omnia prudenti ac magna circumſpectione agenda erunt; iſta enim iuuandi procliuitas plerumque non tantum in *accipientis*, verum etiam *dantis* vergit detrimentum. Hinc oritur luxus, prauitas morum, leuitas animi, fraudes, lapſus bonorum, et tandem ignominioſus iſte finis, quem vocant *concurſum creditorum*. Quemadmodum autem multa in debitorum inopum ſolatium inueniuntur legibus conſtituta, vid. BERLICH. *dec.* 235. *n.* 1. maxime ſi caſibus fortuitis diminutionem bonorum paſſi ſint: ſic inter illa non infimae ſortis cenſeri debet PACTVM REMISSORIVM fundatum in *l.* 7. §. 18. *ſq. ff. de pactis.* Antequam vero illud aggredior explanandum, quaedam de *concurſu creditorum*, generaliter tantum, monenda veniunt.

§. II.

§ II. Eſt itaque CONCVRSVS CREDITORVM imploratio iudicis plurium creditorum ſolutionem a debitore, ſoluendo non exſiſtente, vrgentium, vt fiat iudicium vniuerſale et omnes reliqui creditores ad liquidandum et demonſtrandum prioritatem publice ſub poena praecluſi conuocentur, atque ipſis ſuo ordine ac loco ex bonis debitoris communis ſatis fiat. Male definire videntur illi, qui pro genere *iudicium vniuerſale* adſumunt. Concurſus enim non ipſum *iudicium vniuerſale*, ſed vniuerſitas eius effectus demum eſt. Ceterum ex data definitione natura concurſus creditorum euidentius adparet, et quia exinde *iudicium vniuerſale* oritur, hinc etiam omnes vnius debitoris creditores ad hoc mittuntur; nec ſingulis, vt debitorem coram diuerſis defatigent iudiciis, conceditur, quum omnes potius contra debitorem coram diuerſis iudiciis iam motae actiones nec non alibi deciſae et iudicatae ob *continentiam* et *connexitatem cauſae* ad forum concurſus trahantur, per *l.* 1. et 2. *ff. de quib. reb. ad eund. iudic. eat. l.* 10. *C. de iud.* MEV. *p.* 5. *dec.* 2. BRVNN. *ad rubr. D. de ceſſ. bon. n.* 4. Vnde et iudex concurſus eiuſmodi *cauſas particulares* vbicunque exſiſtentes auocare, alter etiam eas remittere, (alias per ſuperiorem ad id compellendus,) obſtringitur, SALGADO *in labyr. credit. P.* 1. *C.* 5. *n.* 5. FABER *in Cod. tit.* 1. *L.* 3. *def.* 1. Naſcitur autem concurſus, vel debitore creditores ſuos conuocante bonisque cedente, *arg. l.* 4. *C. qui bonis cedere poſſunt*, vel creditoribus concurrentibus concurſumque formari petentibus, per *l.* 2. *D. de curat. bon. dando.* item *ord. proceſſus Sax. recogn. tit. XLI. in princ.* quod etiam in iacente hereditate obtinet, cui curator bonorum datur. *Arg. d. l.* 2. §. 1. *et* 2. CARPZ. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 8.

Concurſus creditorum definitio.

Moto concurſu oritur iudicium vniuerſale.

§. III. Breuibus ea lubenter attingo, quae diuiſionem concurſus concernunt. Notum eſt, diſpeſci eundem in *alodi-*

Quomodo in concurſu creditorum pro-

cedendum ſit, breuiſſimis indigitatur. *lodialem* et *feudalem*, cui diuiſioni aliam ſuperaddit RICHTER *in cap. I.* §. 1. *de conc. credit.* concurſum defuncti et heredis. Nolo quoque ea longa ſerie enumerare, quae ad rite inſtruendum et ſubſtantiandum concurſum neceſſaria ſunt, veluti, debitoris, non ſoluendo exſiſtentis, bona conſignari atque in inuentarium redigi: debitorem ad iuratam ſpecificationem adigi: eundem ab omni adminiſtratione et concurrentia excludi: curatorem bonorum, qui iusiurandum praeſtare debet, conſtituendum: bona mobilia per auctionem, immobilia per ſubhaſtationem, quae in Saxonia electorali per *mandatum nouiſſimum* alia ratione, quam olim inſtituenda eſt, interpoſita autoritate publica vendi, et quae ſunt alia. Quod ſi hoc modo maſſa concurſus adeſt, creditores porro ad liquidanda credita et demonſtrandam prioritatem, id quod fit in *Saxon. Elect.* per *citationem edictalem*, debitor autem non minus ac creditores ad reſpondendum et ad recognoſcenda aut diffitenda documenta citandi ſunt. Abſenti debitori datur *curator litis*, qui etiam in terris Saxon. Elect. de non gratificando iurare debet, atque id quod debitor ipſe, ſi praeſens eſſet, expedit. Facta documentorum recognitione aut diffeſſione et finito certamine creditorum inter ſe de *prioritate*, ſequitur *ſententia deſignatoria*, quae indicat, quo ordine ſingulis creditoribus, qui intentionem ſuam probarunt, aut adhuc probatam reddere debent, ex bonis debitoris ſatisfaciendum ſit.

§. IV. Quodſi creditores initium concurſus euitare ſtudeant, aut finem eiusdem expectare nolint, aut ex ſingulari fauore debitori communi aliquid remittere velint; tunc ineunt cum debitore *pactum remiſſorium*, de quo nunc vlterius erit diſpiciendum. *Definitio pacti remiſſorii.* Eſt autem PACTVM REMISSORIVM ad mentem *l. 7. D.* §. 18. *ſq. de pact.* conventio inter creditores et debitorem communem, qua in vnum et communi conſenſu ſe quota debita parte contentos

tos

Digitized by Google

tos fore declarant, per *dict. l.* 7. §. *fin.* Eſtque vel *omnium* vel *maioris partis* creditorum, qui vel diuerſae vel vnius eiusdemque conditionis ſunt ac qualitatis. Priori caſu, quando omnes creditores de certa debiti quantitate remittenda contrahunt, nullus dubitabit, quin hoc ſine vlla difficultate fieri queat, quum quilibet liberrimus rerum ſuarum ſit moderator et arbiter, ac ille, qui *totum* poteſt donare, multo magis eius *partem* remittendi poteſtatem habeat. Sed ſi creditores diſſentiunt, tunc praetoris partes neceſſariae ſunt, qui decreto ſuo ſequetur *maioris partis voluntatem. l.* 7. §. 19. *de pact.* Sunt quidem, qui dictam legem ita interpretandam eſſe putant, vt ſolummodo in tribus ſequentibus caſibus locum habeat: (1) in *herede* ante *aditam hereditatem* cum creditoribus hereditariis paciſcente, non item, ſi hereditas iam adita, vel debitor principalis adhuc viueret: (2) ſi *debitor aufugerit*, ac redire nolit, niſi omnes remittant debiti partem: (3) quando debitor propter paupertatem cedere bonis paratus eſt, niſi debiti partem remittant creditores. Vid. Dd. quos magno numero allegat BERLICH. *dec.* 235. *no.* 2. 3. *et* 4. cui opinioni etiam TITIVS *in ſuo iure priuato lib. X. c.* 8. §. 17. album calculum adiicere videtur. Verum enim vero, quum caſus de *herede* ante aditam hereditatem cum creditoribus defuncti paciſcente tantum *exemplificatiue*, non autem *reſtrictiue* in *dicta l.* 7. §. 18. proponatur, contra praxis generalis in §. *ſq.* ſatis aperte, nulla reſtrictione interiecta, demonſtretur, etiam in aliis caſibus legem adductam ſibi locum vindicare non eſt negandum. Quid? quod ſi diſſentientium opinio vera eſſet, etiam reliqui duo caſus de *fugitiuo* et *paupere debitore*, bonis cedere parato, excludendi eſſent, cum hanc legem tanquam exorbitantem reſtringendam potius quam extendendam eſſe, ipſimet ſtatuant. Silentio praetereo omnes rationes, quas allegat

Oſtenditur, eam eſſe generalem.

gloſſa

gloſſa in dictam legem, militare etiam pro ſententia illa, adplicandam eſſe legem generatim ad viuum debitorem. BERL. *dec.* 235. *n.* 5. Hinc recte DD docent et adfirmant, cum ſuperſtite quoque debitore maiorem creditorum partem in *minoris praeiudicium* eiusmodi pactum remiſſorium inire et aliquid debitori remittere poſſe, quod minor pars diſſentiens vigore dictae legis adprobare tenetur. BERL. *l. c.* In *Saxonia Electorali* de interpretatione huius legis adeo anxii eſſe haud cogimur, quia mandatum ſummi principis *d. d.* 7. *Ian.* 1724. *von Banqueroutiern* §. 16. ius ſtatutarium Lipſienſe in *ordinatione mercatoria tit.* 23. *et* 25. diſpoſitum, in omnibus debitoribus non ſolvendo exiſtentibus, tam mercatoribus, quam aliis cuiuscunque generis aut conditionis, locum habere debere, decreuit ſanxitque, vti claris conſtitutum legitur verbis: *quod minor creditorum pars ad remittendam debiti quotam a maiore parte conuentam cogi debeat*, de qua coactione, in quantum illa locum inueniat, in praeſenti ſpecimine plura differentur. Altera diſtinctio, quando nempe creditores cum debitore communi paciſcentes vel *vnius* vel *diverſae*, ratione iuris petendi, *qualitatis* ac *conditionis* ſunt, tunc demum vtilitatem praebet, ſi non omnes de remittendo conueniunt, quod in ſequentibus declarabitur.

Inneſtigatur moralitas huius legis. §. V. Moralitatem huius legis quod attinet, illa maximam partem ex *officio pietatis* deſumenda erit, cui a parte debitoris obaerati impoſſibilitas ſoluendi ingens momentum adfert. Etenim immiſericordis foret animi, ſi quis debitorem, fatalibus caſibus et ſine fraude ad incitas redactum, vltra vires vrgere vellet, cum e contrario doloſum decoctorem hoc remiſſorio pacto adiuuare non deceat, qui potius graui dignus foret animaduerſione, non beneficiis legum. RIVIN. *ad ord. proc. Sax. tit.* 41. *enunc.* 9. *Si vero nihilominus huic aliquid remittitur, omnino adhuc obligatus*

remanet

Digitized by Google

remanet, vt ad meliorem fortunam veniens illud, quod remiſſum eſt, condictione ex turpi cauſa *a creditoribus peti poſſit, quod ſolide euictum eſt a* BERLICHIO *dec.* 244. *per tot.* Aliud dicendum de eo, qui caſibus fatalibus bonis lapſus, cui pactum remiſſorium liberationem a nexu debiti omnimodam indulget, obſeruante BRVNNEMANNO *ad l.* 8. *n.* 16. *et* 17. *D. de pactis.*

Pacti remiſſorii ex ordinatione mercatoria Lipſienſi definitio.

§. VI. His praelibatis ad PACTVM REMISSORIVM ex *ſtatuto mercatorio Lipſienſi tit.* 23. *et* 25. propius accedo, illudque ſequentem in modum definiendum arbitror, quod videlicet ſit pactum, quod plures creditorum inter ſe aequalium vel potiorum cum debitore communi non ſoluendo exſiſtente de remittenda certa debiti parte iudicialiter ineunt.

Eadem explicatur.

§. VII. Vt autem res eo clarior euadat, requiſita dicti pacti, et quando ceteri creditores ex illo ad tantundem remittendum adigi queant, ordine ſuo explananda erunt, quae in ſequentibus conſiſtunt. Neceſſe nimirum eſt, (1) vt debitor non amplius ſoluendo nec malitioſus decoctor ſit: (2) creditores paciſcentes ſint aquales vel potiores: (3) pactum ineatur a creditorum maiori parte de quota remittenda: (4) creditores non tam numero quam quantitate ſint maiores: et (5) fiat coniunctim ac iudicialiter.

Doloſo decoctori non datur beneficium pacti remiſſorii.

Primum pacti remiſſorii requiſitum: caſus fortuiti.

§. VIII. Quemadmodum illi, qui bona ſua luxurioſe vel inconſiderate dilapidant, nullam merentur veniam, neque ad legum beneficia, quibus ſe indignos reddiderunt, prouocare valent, quum illae defraudatoribus patrocinio eſſe haud ſoleant: ita debitor communis, qui pacto plurimorum minorem creditorum partem ad remittendum officio iudicis compellere intendit, ante omnia docere debet, quod fortuitis improuiſisque caſibus, fortunae aſperitate et iniuria ſine ſua culpa, ad incitas ſit redactus, id quod non ſolum in *reform. imper. de an.* 1548. *von vertriebenen Kauf-*

Digitized by Google

Caſuum fortuitorum ſpecies enumerantur.

Leuten; ſed etiam in *allegat. ordinat. mercator. Lipſ. d. l.* praecipitur, qui caſus plerumque ſunt bellum, incendium, naufragium, furtum, rapina, ſterilitas in agris et vineis, lues peſtifera in armentis et pecoribus nec non iumentis, calamitas alia publica, mutatio monetae, quando inde debitor damnum ſenſit, iactura magnae ſummae pecuniae, quae apud alium, qui etiam ſoluendo non fuit, exſtitit.

Qua ratione iidem probandi.

Modus probandi eiusmodi fortunae iniuriam, varius eſſe poteſt. Sufficit, ſi ipſa maior pars creditorum in pacto hoc fateatur, BERLICH. *dec.* 236. *n.* 41. vel ſi teſtimonio magiſtratus debitor communis, aut alia ratione caſus fortuitos probet: ANT. THESAVR. *dec.* 186. ita tamen, vt probatio in contrarium admittatur, vti in ſupremo iudicio appellationum iudicatum eſſe, a BERLICH. *dict. dec. n.* 45. refertur. Deficiente ordinaria probatione, debitor ad iusiurandum admittitur, quo praeſtito creditores probatione contrarii non audiuntur. BOER. *dec.* 296.

Refutatur Titius.

Putat quidem TITIVS *in iure priu. l. XI. c. XIV.* debitorem *caſibus fatalibus* lapſum eſſe, tamdiu videri praeſumendum, donec contrarium creditores docuerint, hoc autem cum difficulter fieri queat, ideo raro ex hoc capite transactionem impediri poſſe. Sed quum quilibet legis beneficio frui adpetens, ſe ad illud legitimare, h. e. omnes in lege praeſcriptas qualitates in ſua perſona concurrentes probare debeat, in cuius rei exemplum iura *paupertatis* adquirere cupiens adduci poteſt, quippe qui ante omnia, ſe eſſe *pauperem*, teſtimoniis docere, ſimulque illud iurato aſſeuerare ſecundum *O. P. R. tit. I.* §. 10. neceſſum habet: praeterea caſus fortuiti ſunt *facti*, factum autem probandum venit, et praeſumtio bonae rerum adminiſtrationis ceſſat, ſi euentus, aliquem non eſſe ſoluendo, edocet, quum extra omnem controuerſiae aleam eſt poſitum, eiusmodi patrem familias de male geſta oeconomia aduerſus ſe excitare praeſumtio-

nem,

Digitized by Google

nem, quae in eo, quod vt plurimum contingit, fundatur. Haec vtique me mouent, vt ſupra laudato BERLICHIO ſubſcribam, cuius ſententia etiam in terris *Elector. Saxon. per mandat. d. d.* 7. *Ian. anno* 1724. *wider die Banqueroutiers* §. 5. recepta eſt. Praeterea vero ſupponitur, debitorem, qui hoc pacto plurimorum creditorum adiuuari efflagitat, tempore pacti non fuiſſe ſoluendo. MATTH. *de Afflict. dec.* 377. *n.* 214. Turpe enim eſſet, et iniuſte ageret debitor, ſi id, quod illi bona fide a creditoribus mutuo datum, illis inuitis, vel quoad partem retinere, et cum eorum damno locupletari ſtuderet, h. e. id agere, vt, licet adhuc facultates ſufficiant, creditores tamen iure ſuo priuentur, et ad donandum cogantur, debitor vero hoc modo vires patrimonii ſui augeat. Ratio praeterea habenda fructuum, qui debitori ex feudalibus et fundo vſufructuario debentur. Quod ſi itaque bona praeſentia et alienabilia omnibus creditoribus non ſufficiant, tunc demum pro ſumma concurrente potiori aut aequali iure gaudentes primum locum in ſolutione obtinent, poſterioribus autem ius in diem aſſignandum eſt, quo ex fructibus debitori quotannis competentibus ſatisfactionem ſuam nanciſcantur. Nec minor pars creditorum regerere poteſt, metuendum eſſe, ne, moriente debitore communi, ius crediti amittant; qui quidem caſus dabilis, ſed minime ita comparatus eſt, vt propter futura contingentia ius tertii interverti queat. Probatio autem, bona debitoris omnibus creditoribus non ſufficere, ſic a debitore communi inſtituenda venit, vt ex vna parte omnia ſua bona immobilia, mobilia, nomina actiua, et contra tertios competentes actiones, tam reales quam perſonales deſignet, documentis literariis comprobet, et fundamentum praetenſionum ſuarum breuibus delineet; ex altera vero parte debita, quibus ſuis creditoribus eſt obligatus, bona fide indicet, quo facto ſi debita vires patrimonii

Debitor tempore pacti remiſſorii ſolvendo non exiſtere debet.

Quomodo, non ſufficere bona debitoris, probandum?

eius longe ſuperant, debitorem non fuiſſe ſoluendo, ſufficienter probatum erit. MATTH. de *Afflictis dec.* 377. *n.* 2. ſq. In Saxon. Elect. per *mand. von Banqueroutiers* §. 3. ſtatim ac quis ſe non amplius eſſe ſoluendo ſentit, bona ſua mediante ſpecificatione iurata indicare obligatur.

Pacti remiſſ. ſecundum requiſitum, creditorum aequalitas. Inaequalitatis natura et effectus.

§. IX. Ordo poſtulat, vt ſecundum pacti remiſſorii plurimorum requiſitum paullo fuſius explanetur, in eo conſiſtens, *vt creditores paciſcentes ſint vel aequales vel potiores illis, qui pactum inire recuſant.* Sic enim creditores priores hypothecarii ſiue ſimplices, ſiue ſingulari praerogatiua gaudentes, BERL. *dec.* 242. *per tot.* pacto a maiori parte creditorum, *hypothecas poſteriores* habentium, inito non obligantur, nec intereſt, ſiue tacita ſiue expreſſa, ſiue iudicialis, praetoria aut legalis, ſiue conuentionalis ſit hypotheca: certiſſimi namque iuris eſt, hoc in caſu anteriorem creditorem ratione *prioritatis* habere ius pinguius. Nec me mouet hac in parte MATTH. de *Afflict. d.* 288. contraria opinio, cum rationes eius, quae a BERL. *dec.* 237. recenſentur, parum roboris contineant, ſiquidem *hypothecarius anterior* non ex priuilegio, ſed iure *hypothecae antiquioris* poſterioribus praeferendus eſt, quippe cui ratione ſui debiti non ſolum actio perſonalis, ſed etiam *realis Salviana*, vel *quaſi* aduerſus quemcunque hypothecae vel pignoris poſſeſſorem poſteriorem competit. Pariter *hypothecarii poſteriores*, ne quidem a maiori parte creditorum anteriores hypothecas habentium ad remiſſionem cogi poſſunt, per *l.* 10. *ff. de pactis.* it. *m. and. E. ct. Sax. von Banqueroutiers* §. 15. cuius verba haec ſunt: *Was, wenn der mehrere Theil derer Gläubiger dem Schuldner einen Erlaß thun will, wie damit zu verfahren und wie weit die übrigen dergleichen zu thun ſchuldig, in der Leipziger Handels-Gerichts-Ordnung tit.* 23. *und* 25. *diſponiret, ſolches ſoll ebenfalls in Zukunſt allenthalben obſerviret, und darnach*

Digitized by Google

nach ſowohl bey Kauf- und Handelsleuten, als bey allen andern erkennet und geſprochen werden, jedoch mit dieſer Erklärung, daß hierunter die creditores hypothecarii, *und die denenſelben vorgehen, keinesweges mit begriffen, die übrigen aber allerſeits, wann es auch gleich Wechſel-*Creditores *wären, an den Accord des mehrern Theils derer Gläubiger, welche nicht nach Anzahl derer Perſonen, ſondern nach der Gröſſe ihrer Forderungen, oder da die Forderungen gleich wären, nach der Anzahl derer Perſonen zu rechnen, verbunden, ſeyn ſollen.* Quamuis enim creditores priores hypotheca muniti potius ius habeant quam poſteriores, et hi plane excludi poſſint a ſubſtantia debitoris, ſi prioribus non ſufficiant, praeſertim cum pactum remiſſorium cum debitore tunc ineatur, cum non ſoluendo exiſtat, nec vero ſimile ſit, quod priores in remittendo iactarint vel effuderint pecunias ſuas; inde etiam, poſteriores partem accipere quam totum amittere ſatius ſit: tanti tamen haec non ſunt, vt ius, creditoribus hypothecariis per *l.* 10. *ff. de pact.* conſtitutum, illis inuitis nec per alios concreditores nec per principem, BERL. *dec.* 238. auferre queant. Ratione conſtitutionis hypothecarii omnes *ius in re* habent, hinc alter prae altero potius ius allegare non valet, quamuis ratione exercitii diſcrimen inter illos inueniatur. Quando vero hypothecarii omnes *uno eodemque tempore* ius hypothecarium acquiſiuerunt, tunc nullum eſt dubium, quin maior pars minorem ad remittendum adſtringere poſſit. Sic enim creditores tam ratione *conſtitutionis*, quam *exercitii* ſunt aequales, et pro rata debiti, ſi debitoris bona ad ſatisfaciendum omnibus non ſufficiant, exſoluuntur. Exemplum hoc in caſu refertur a BERL. *Refertur caſus.* *dec.* 234. nempe ſi creditores ſemel debitori partem debiti remiſerunt, et debitor pro aſſecuratione ſolutionis iudicialem hypothecam eis conſtituit, ſed poſtea ſolutionem pro-

 miſſam

Digitized by Google

miſſam praeſtare non poteſt, et creditores de nouo cum eo paciſci et partem debiti remittere neceſſe habeant, tunc merito creditores, qui ex primo pacto hypothecam conſecuti ſunt, in ſecundam remiſſionem debiti a *maiore parte* creditorum factam conſentire tenentur, nec ſe iure hypothecae tueri poſſint. Omnes enim hoc in caſu creditores per omnia aequali ac pari iure nituntur, vnde inter illos merito aequale ius ſeruari debet. Alia eſt ratio, quando hypothecarii ſoli aut iunctis chirographariis pactum remiſſorium cum debitore communi ineunt: quemadmodum enim ſoli chirographarii hypothecariis per pactum plurimorum praeiudicare haud valent, vt ex deductis tamquam a maiori ad minus facile inferri poteſt; ita e contrario hypothecarii ſoli, ceu potiores: vel his deficientibus chirographarii, vt *aequales:* vel tandem hypothecarii ac quidam chirographarii ſimul, partim potiores partim aequales, recte per pactum plurimorum minori parti chirographariorum contradicenti praeiudicant, ita vt iudex hoc in caſu *maioris partis voluntatem* ſequatur. Ex dictis conſtat, minorem creditorum partem ſemper conſtituere aut ſimplices aut priuilegiatos chirographarios. Nam etiam poſteriores eiusmodi remiſſionem debiti a maiore parte factam approbare et ratam habere tenentur per *l.* 10. *ff. de pact.* BERL. *dec.* 241. *per tot.* Nec obſtat *l.* 58. §. 1. *D. mand.* quippe quae non de remiſſione partis debiti a priuilegiario facienda, ſed tantum de electione, vtrum *priuilegiarius creditor* actione perſonali contra debitorem agere, an vero fideiuſſorem vel mandatorem conuenire malit, loquitur, vti BERL. *dec.* 241. *n.* 17. recte obſeruat.

An creditores, qui per arreſtum ius reale nacti ſunt, ad pa-

Praeterea in quaeſtionem venit, vtrum *creditores arreſtantes* pacto hoc a maiori parte creditorum ceteris paribus inito conſentire teneantur? Affirmatiue concludit BERL. *dec.* 240. Verum enim vero ſi res paulo curatius conſideratur, mihi

mihi negantium opinio apud MODEST. PISTOR. *in ad-dit. ad l.* 10. *D. d. pactis* valde arridet: quia finis et effectus arreſti potiſſimus eſt, vt per illud creditor hypothecam tacitam ſiue pignus praetorium et ius reale conſequatur, atque omnibus hypothecam vel arreſtum antiquius non habentibus praeferatur. CARPZ. *ad conſt.* 28. *p. I. def.* 144. *ord. proc. Sax. elect. tit.* 48. COLER. *de proc. exec. p. I. c.* 2. *n.* 189. Ex hoc vero prono alueo fluit, creditorem arreſtantem ac hypothecarium pari gaudere iure; imo BERLICH. *all. loc. n.* 7. fatetur, arreſtum ius reale in bonis debitoris ac praelationis tribuere, hinc etiam omnes iuris realis effectus illi concedere debet, praeſertim cum iure Sax. arreſtum et hypotheca tamquam cauſa et effectus differant, et illud haec ſequitur, impetrata vero per arreſtum hypotheca creditor arreſtans aeque eſt hypothecarius creditor, ac ſi per conuentionem vel iudicialiter acquiſiuiſſet ius in re, quod vel inde apparet, quia creditor arreſtans omnibus poſterioribus hypothecis antefertur. CARPZ. *P. I. conſt.* 29. *def.* 1. In Sax. elect. haec quaeſtio ob ſublata iura arreſti per *tit. LI. ord. proc. recogn.* ſuperuacanea eſt. Atque haec de ſecundo requiſito dixiſſe ſufficiant.

ctum remiſſorium cogi poſſint.

§. X. Tertium requiſitum huius pacti eſt, *vt ineatur a creditorum maiori parte de quota remittenda.* Vniformis enim remiſſio debiti ſecundum proportionem geometricam fieri debet, ita vt vnus creditor de ſua ſumma trium millium thalerorum, mille: alter, cui trecenta debentur, centum remittat, per *l.* 7. *§. vlt. de pact.* vbi diſertis verbis, creditores communi conſenſu, *quota debiti parte contenti eſſe velint*, declarare debere, diſponitur, qua prouiſione opus non fuiſſet, ſi debitor pro lubitu huic plus, alteri vero minus promittere poſſet, ſed inde potius ſimulatio colligeretur. STRACH. *de decoct. p.* 6. *n.* 18. Adeoque tam ratione *ſummae debitae*, quam ratione illius in pacto remiſſorio pro-

Tertium pacti remiſſorii requiſitum.

Digitized by Google

promiſſae aequalitas requiritur; alias creditores in quota debiti remiſſa conueniſſe, et minorem creditorem partem poſſe maioris partis exemplum ſequi, dici non poſſet, quum maior pars in quota debiti non conueniat. Ex hiſce apparet, quod eiusmodi pactum non obliget minus creditorum agmen, ſi vnus maioris partis 30. alter 50. atque alius 20. de centum thaleris remittere ſe declaret.

Quartum requiſitum. §. XI. Quartum *explicandi pacti* requiſitum *numerum maiorem creditorum paciſcentium* concernit, qui per *l.* 7. *D. de pact.* ad eius validitatem requiritur: quodſi enim creditores diſſentiunt, praetoris partes neceſſariae ſunt, qui decreto ſuo ſequitur *maioris partis voluntatem.* Sed haec pars maior non tam ex *numero perſonarum*, quam *quantitate debitorum* diiudicanda erit, vti per *l.* 8. *et* 9. *ff. de pact.* pateſcit, vbi habetur: *maiorem eſſe partem pro modo debiti, non pro numero perſonarum.* Quod ſi aequales ſunt in cumulo debiti, tunc *plurium numerus creditorum* praeferendus eſt: in numero autem pari creditorum autoritatem eius ſequitur praetor, qui dignitate inter eos praecellit; ſin autem omnia vndique in vnam aequalitatem concurrant, humanior ſententia a praetore eligenda eſt. Ponamus, decem creditores eſſe, qui *quinque thalerorum millia* crediderunt debitori, et iterum *ſex*, quorum nomina *ſex thalerorum millia* ſuperant; hi ſex, non vero priores decem maiorem creditorum partem conſtituunt. *Mand. elect. Sax. von Banqueroutiers* §. 16. Creditum autem ſit liquidum neceſſe eſt, *illiquidum* enim nec ratione *perſonarum* nec ratione *quantitatis* numero maiori creditorum pondus dare poteſt. Vid. *infr.* §. *XXVI. in fin.*

Quintum pacti remiſſ. requiſitum. §. XII. Ad quintum et vltimum nunc propero requiſitum, quod eſt, *vt pactum remiſſorium fiat coniunctim ac iudicialiter.* Quemadmodum enim transactio cum creditoribus *ſeorſim* et *ſigillatim* inita non obeſt ceteris creditori-

toribus, ita etiam nec *extraiudicialiter* tractata. TITIVS *iur. priu. tit. X. c.* 8. §. 17. Itaque debitor communis ſibi optime conſulit, quando vniuerſos creditores ſuos per iudicem competentem ad certum terminum conuocari facit, illis inopiam ſuam exponit, probatque omnia ſua bona, libros ac rationes, nec non creditores iurato indicat, *Leipz. Handels-Ger. Ordn.* §. 15. TITIVS *cit. loc.* quo facto ceteri quoque creditores obligantur. Etenim neceſſe eſt, vt creditores collectiue et in vnum conueniant, et ſimul deliberent, vtrum iactus in hoc imminente naufragio faciendus ſit? an tanta eius adſit neceſſitas vt, periculum aliter declinari et ſuperari nequeat? Non ſufficit, ſi vnus alterue vna, alius altera die ſeparatim ſe ſiſtat, quamquam ſufficere puto, ſi maior pars in termino conueniret, quae in vnum coadunata merito etiam nocet aliis abſentibus. Ex his *emendicatam* crediti *remiſſionem* a maiori creditorum parte *ſigillatim* ac *extraiudicialiter* factam parum vel nihil operari poſſe ſequitur, quod ideo introductum eſt, vt omnis ſiniſtra ſuſpicio tollatur, nec hoc modo debitori decoctori quibusdam creditoribus, vt pactioni conſentiant, clanculum munera dandi vel promittendi praebeatur occaſio; quod tamen in *iudiciali* et communi conſilio inito pacto haud facile verendum.

§. XIII. Ratione debitoris communis nihil refert, cuius ille conditionis fuerit, vtrum priuatus an vniuerſitas, aut communitas integrae familiae: vtrum clerici, an laici, Iudaei etc. Qualescunque enim fuerint, nullo hic habentur diſcrimine, etſi non ſint mercatores, *mand. elect. Sax. von Banqueroutiers*, §. 15. quin potius omnes hac in parte aequali iure gaudent, adeo vt heredibus, et quod maximum, *fideiuſſoribus* debitoris hoc *pactum remiſſorium* proſit, etiamſi poſteriores *auth. praeſente. C. de fideiuſſ.* renunciaverint, modo creditor in eiusmodi remiſſionem conſentiat; *Pactum remiſſ. cuique, etiam fideiuſſori prodeſt.*

Digitized by Google

alias ſi eſt vel abſens vel nolit conſentire, talis remiſſio fideiuſſori non prodeſt, ſed creditor nihilominus eum conueniri poteſt. *l.* 58. §. 1. *D. mandat.*

Recenſentur caſus, in quibus creditores pacto remiſſorio plurium eximuntur.

§. XIV. Dantur tamen adhuc nonnullae exceptiones, quibus etiam *chirographarii* ſiue *ſimplices* ſiue *priuilegiati*, et multo magis hypothecarii a pacto remiſſorio plurimorum eximuntur. Etenim 1) cuiusuis creditoris in arbitrio eſt, vtrum iura ſibi ſalua retinere velit, donec concreditoribus paciſcentibus pinguius ius non habentibus ſatisfactum fuerit. RIV. *ad ord. proc. Sax. elect. tit.* 41. *enunc.* 13. 2) Ex cambio agentes adſtringi nequeunt, vt ſe conforment maioris partis creditorum remittentium pacto, RIV. *cit. loc. enunc.* 12. quod tamen in *Saxonia elect.* per allegatum *mandatum von Banqueroutiers* ſecus conſtitutum inuenitur: 3) Si maior pars creditorum non debiti partem, ſed totum remiſit. BRVNNEM. *tr. de ceſſ. bon. quaeſt.* 22. *n.* 3. Porro ad remittendum non cogendus, 4) qui *debitum iuratum* habet, quia omne iusiurandum, ſi ſalua ſalute aeterna fieri poteſt, tenendum: BERLICH. *dec.* 235. *n.* 37. 5) Si debitor *ad factum* eſt obligatus, vel operas aut res incertae aeſtimationis ac indiuiduas, vt iura, ſeruitutes praeſtare promiſit: 6) Si creditor, qui in eiusmodi pactum conſentire debet, aeque inops vel ipſo debitore pauperior eſt: MATTH. *de Afflict. dec.* 377. *n.* 1. 2. 7) Si creditor etiam eſt debitoris debitor, tum is totum compenſare debitum non prohibetur, nec eiusmodi pactum compenſationem impedit: ANTON. FAB. *in ſuo cod. l.* 1. *tit.* 9. *def.* 13. 8) ſi conſentire recuſans pro ſe *rem iudicatam* habet: 9) ſi agatur de pretio rerum comeſtibilium in pleno mercatu aut publicis nundinis venditarum, etiamſi venditor fidem de pretio habuerit, ac debitori ad ſoluendum conſtituerit terminum: 10) ſi debita poſt pactum a maiore parte initum ſunt contracta: 11) ſi debitor eſt locuples ac ſatis ſoluendo, quia hoc

Digitized by Google

hoc caſu eiusmodi pactum manifeſtam contineret iniquitatem. Hoc etiam accidit, 12) ſi debitor creditoribus quibusdam, vt pactioni conſentiant, quidquam clanculum dedit vel promiſit: vel 13) pars maior remiſſionem fecit in odium reliquorum creditorum, ne alias ad delinquendum praebeatur occaſio: 14) ſi vnius vel alterius ex remittentibus et maiorem partem facientibus debitum eſt fictitium vel in fraudem factum: 15) ſi creditores ita liberales ac largi in remiſſione facienda, ſunt *conſanguinei* aut mutuare non ſoliti: denique 16) ſi quis mandati actione agit contra debitorem ſuum, tunc ei talis remiſſio debiti etiam non obeſt: quibus iungatur 17) ſi minor creditorum pars ex aliis quam maior praetendere poteſt bonis ſolutionem, e. g. feudalibus vel allodialibus defuncti, vel heredes ex bonis caſtrenſibus vel paganis, ſocii, vel ſocietatis etc. quam ob rem *ſeparatio* inſtituenda venit. BERL. *dec.* 235. *n.* 69. *ſq.* vbi praeiudicium.

§. XV. Quod ſi vero vnum ex quinque enarratis ac explanatis deficit requiſitis, pactum remiſſorium plurimorum ratione minoris partis effectum haud ſortitur; forma enim in legibus praeſcripta ad vnguem obſeruari debet. RIVIN. *ad proc. Sax. tit.* 41. *enunc. XI.* Hinc *debitor communis,* qui ſibi hoc pacto conſulere intendit, ac *creditores,* qui minorem partem cogere ad remiſſionem cupiunt, caute circumſpiciant, neceſſe eſt, ne inani auſu hoc ſuſcipiant, omnemque perdant operam. Certe ſi hactenus dicta recte applicantur, non poteſt non fieri, quin pactum ineundum ex voto cedat.

Omnia adducta requiſita neceſſaria ſunt.

§. XVI. Hisce praelibatis ad notabilem quaeſtionem, quae in praxi mihi obuenit, ducor in eo conſiſtentem: *vtrum creditor in concurſu creditorum per rem iudicatam in locationis ſententia debito conſtitutus loco ad remittendum de ſorte cogi poſſit, ſi reliqui concreditores conſentiunt?* Prae-

An creditor in concurſu creditorum per rem indicatam claſſificatus ad ineundum pa-

An remiſſ. cogi queat?

Praeſuppono ante omnia in hoc caſu, creditores ita eſſe comparatos, vt maior pars minorem, aut diſſentientem concreditorem ad remittendum adigere queat.

Rationes pro adfirmatiua adducuntur.

§. XVII. Rationes pro *affirmatiua* quidem adducunt affirmantes, quod maior pars cum debitore contrahens hoc propter omnium vtilitatem communem facere videatur; quum id tunc fiat, quando debitor non ſoluendo reperiatur: nec veroſimile videatur, maiorem partem creditorum pecunias ſuas iactaſſe vel effudiſſe. *arg. l.* 26. §. 1. *D. de probat.* Addunt praeterea, eiusmodi pactum fauorabile eſſe ac concernere fauorem *liberationis*, hinc merito extendendum; quibus adiungitur, contradicentem creditorem cum ceteris non aliter quam pro rata debiti tamquam chirographarium concurrere, et ſic ad acceptandam crediti quotam officio iudicis omni tempore adigi poſſe, praeſertim ſi debitori communi nihil quidquam bonorum relinquitur; denique ſalutem et vtilitatem plurimorum anteponendam eſſe vnius commodo, imo hac via multas lites ſopiri, ſumtus immenſos euitari, ac debitorem communem per hoc leuamen erigi, etc.

Negatiue reſpondetur.

§. XVIII. Verum enim vero, ſi rationes, *negatiuam* maxime vrgentes, maiori cura perpenduntur, certe huic magis calculum addere cogor, quarum omnium potentiſſima *rei iudicatae* effectus eſt. Simulac creditores credita ſua demonſtrarunt, ac deſuper ſententia deſignatoria, quae *in rem iudicatam* abiit, lata eſt, res non amplius eſt integra, et debitori omnis ſpes, ſe *pacto* hoc *remiſſorio* contra quosdam creditores renitentes vti poſſe, euaneſcit; quia *res iudicata* pleniſſimum ius tribuit, quod nec princeps ex poteſtate plenaria immutare, vel alicui auferre poteſt; *l.* 16. *de transact. l. vlt. C. ſentent. reſc. non poſſ.* CARPZ. *p.* 1. *c.* 26. *d.* 14. *n.* 2. ſed quilibet creditorum eo, quo locatus in ſententia ordine, id quod ſibi debetur, expectare debet. Nec

Nec §. *XVII.* allegata *communis creditorum vtilitas* hic quidquam operari valet; nam vbi ſingulorum intereſt, ibi etiam ſingulorum requiritur conſenſus, et nemo de iure ſuo, per *iudicatum* quaeſito, inuitus detrudi poteſt, praeſertim vbi ratione creditoris *de damno vitando*, ratione debitoris autem de *lucro captando* certatur, nec lis amplius ſopienda, multo magis nihil reliquum eſt, quam vt bona debitoris communis inter creditores locatoriae ſententiae ductu diſtribuantur.

Pactum remiſſorium omnium creditorum conſenſu etiam poſt rem iudicatam confici poteſt.

§. XIX. Interim omnibus, quorum intereſt, conſentientibus etiam poſt rem iudicatam pactum remiſſorium adhuc fieri poſſe, nullus erit qui ambiget, ſiquidem quilibet rerum ſuarum liberrimus moderator ac arbiter eſt. Sed hic caſus perraro contingit, quod praerogatiua gaudentes ſua prioritate per rem iudicatam adquiſita ſe defraudari vix ac ne vix quidem paſſuri ſint.

Quo caſu hoc fieri poſſit?

§. XX. Eſt tamen talis caſus quandoque dabilis. Ponamus enim, quod bonis lapſus iam liquidatis, probatis, ac re iudicata per ſententiam deſignatoriam corroboratis creditis, ſolutionem in continenti faciendam de ſuis bonis offerat, petita tamen certae quotae in ſorte vel vſuris remiſſione: tunc ſi omnes creditores oblatam *ſolutionem praeſentem* accipere e re eſſe ſentiunt, omnino eiusmodi pactum ob notoriam debitoris inopiam omni meliori modo a iudice et cordatis cauſarum patronis prae longiori taedioſaque lite ſuadendum promouendumque, minime vero impediendum erit. Certe hac via hinc inde creditorum concurſus quotidie finiri videmus.

Interim creditor non poteſt ad illud cogi.

§. XXI. Firmo itaque ſtante talo hac theſi, quod creditores cogi non poſſint ad ineundum pactum remiſſorium ſententia locatoria, quae in rem iudicatam tranſiit, publicata, inutilis remanet quaeſtio: An propter pluralitatem votorum, qui in idem pactum conſentiunt, reliquis diſſen-

 tienti-

tientibus poſſit praeiudicari? quod negatur atque pernegatur: quemadmodum enim ſententia iudicis, nullo iuris remedio retractata, poſt decendium *res iudicata* dicitur et *pro veritate* habetur; proindeque iudex eam exſequi, et ad effectum producere iubetur, BOCER. *P. II. diſp.* 36. §. 1. ita etiam quam primum ac ſententia deſignatoria in creditorum concurſu *rei iudicatae* vires adepta eſt, iudex nihil aliud facere poteſt ac debet, quam quod vnicuique creditorum ſuum creditum ad normam ſententiae exſoluat, quum ius alicui per *rem iudicatam* quaeſitum a nemine auferri vel interuerti, imo ne quidem ſuſpendi debeat, vt etiam magna in ſegniores iudicatarum rerum executores mulcta conſtituta inueniatur.

Illuſtris caſus ex concurſu quodam enumeratur.

§. XXII. Ceterum haud pauci non infimae ſortis ICtorum fuere, qui in famoſo concurſu *Cloſter Heßler* ſic dicto, ac coram ſummo Appellationum ſenatu Dresdenſi per aliquot annorum ſpatium agitato id ſtatuendum ſibi ſumſerunt, quod illuſtris Sacri Romani Imperii Comes Dominus LVDOVICVS GEBHARDVS ab HOYM, Dynaſtes dynaſtiarum Dröſig, Nebra, Pirckicht, Kleina, Schköhlen, Groshelmsdorff, Quesniz etc. Sacrae Maieſtatis Polonicae ac Electoris Sax. ſanctioris ſenatus Conſiliarius et Capitaneus ſuperior Landgrauiatus Thuringiae, qui in dicto concurſu tredecim millia thalerorum ſummae capitalis ad liquidum deduxerat, ad remittendum vſuras, quae ſeptem thalerorum millia excurrebant, omnibus creditoribus illas debitori communi remittentibus, cogi poſſet; ſed nihil actum fuit, perſtitit enim ille in ſuo iure quaeſito, quod ipſi nemo tollere potuit.

§. XXIII. Attamen precibus tandem victus, quum nullo iure cogente vinci potuit, remiſit ex *mera liberalitate* tres quartas dictarum vſurarum, reſeruata ſibi vna cum integra ſorte, ea lege, vt nulli ſumtus concurſus deducerentur,

tur,

Digitized by Google

tur, cum contra reliqui creditores praelocati ſibi non parum praeiudicii attuliſſent, inuidis adſpicientes oculis, vltimo loco deſignatum plus quam praelocatos obtinuiſſe, vtpote quorum maior pars omnes omnino remiſerant vſuras.

§. XXIV. Equidem omnes ferme concreditores id agebant curabantque, vt iam dictus Comes illuſtr. ab HOYM ad remittendas omnes vſuras auctoritate ſummi iudicis adigeretur. Enim vero quia per §. *XVIII. res iudicata* obſtaculum ponebat, ac ſummus princeps pro inſigni iuſtitiae zelo illam ſartam tectamque conſeruare volebat, remiſſionem poſt ſententiam locatoriam flagitantes actum agebant; nam ſi per poſteriores ſtetiſſet, profecto non intermiſiſſent coactionem.

Debitor tempori inſeruire et remiſſorium pactum a creditoribus petere debet.

§. XXV. Ex praedictis omnibus, quod ſcilicet debitor communis pactum remiſſorium procurandum intendens illico ac ſtatim ab initio operi manus admouere debeat, ſatis ſuperque conſtat, vti §. *XII.* monitum fuit, quod tale negotium vel *ante* vel *ſtatim* poſt emiſſas edictales citationes vsque ad ſententiam deſignatoriam optime peragi poſſit. Imo conſilii pro debitore communi eſt, vt ne quidem terminum per edictales ad liquidandum et ſuper prioritate certandum expectet, quia alioquin facile fieri poſſet, vt creditores diſſentientes pactum detrectent, et adepta interim ſententia deſignatoria ius quaeſitum habeant, a quo repelli nequeunt. Nec dubium mouet, quod ante terminum *ad liquidandum* per edictales praefixum, partim ob comparentium creditorum, partim debitorum liquidorum et illiquidorum incertitudinem, quot creditores adfuerint, quibus debitor aere alieno obſtringitur, certo erui, multo minus quis maior creditorum pars ſit, conſtitui non poſſit. Primum enim quod attinet, hoc pactum tacitam continet con-

Quando hoc commodiſſime fieri queat.

Digitized by Google

conditionem, *ſi debita ad liquidum erunt perducta*, vt tunc demum quotam transactam accipiat creditor. Ad alterum vero membrum regeri poteſt, quod, qui allegat *debitum illiquidum*, ante eius probationem pro vero creditore haberi nequeat, hinc neque ratione numeri perſonarum, neque ratione quantitatis debitorum pondus maiori creditorum parti addere valet, imo nihil quicquam operatur, etiamſi maior creditorum pars certam ſummam pro liquido agnoſcere vellet, cum hoc in praeiudicium minoris creditorum partis fieri minime deceat, et per maiora hoc effici poſſe nullibi conſtitutum inueniatur; tandem haec lex tanquam exorbitans, quae ius petitoris ſolidarium valde limitat, et certo reſpectu aufert, magis reſtringenda quam extendenda ſit. BERL. *dec.* 238.

IOHANNI FRIDERICO SCHNEIDEWEINO

CANDIDATO IVRIVM CLARISSIMO

S. P. D.

PRAESES.

Dixiſti in praeſenti argumento ius illis, qui in communi naufragio, quod omnibus creditoribus imminet, iactum potius facere, et res quocunque ſeruare detrimento, quam inſtanti periculo ſe exponere prudenter conſtituerunt. Sicuti vero hoc caſu, quod pro omnibus datum eſt, id ab omnibus reſarciendum et contribuendum; ita pariter aequum eſt, vt, vbi de facto faciendo deliberationes inſtituendae, maior pars minorem vincat; et haec quoque pro volente et conſentiente habeatur, ex quo aequitas ſingularis thematis, quod ipſemet et elegiſti, et proprio marte elaboraſti, optime declarari et illuſtrari poteſt. Reddo itaque.

Digitized by Google

taque Tibi diſſertationem, quam cenſurae meae quidem ſubiecisti, ego vero e re Tua eſſe cenſui, Tua Tibi potius relinquere, quam mea addere, quo vberiorem campum Tibi praeberem, in quo publice vires ingenii Tui experiri valeres. Neque enim, vel ex hoc ſpecimine, vana decipior ſpe, Te ad maiora natum, nec vulgaria tantum tetigiſſe, verum ſolidiora praetuliſſe, atque ex ipſo vſu, quae in arte iuris in communi vita vtilitatem habeant, quae vero ſcholis ſolis relinquenda, didiciſſe. Ita enim res Tuas agendas eſſe, prudenter, et Tuorum maiorum memor, arbitratus es, quippe qui ſanguinem ab eo ducis, qui nomen inter ICtos Saxonicos magnum habuit, et lumen egregium ſuo tempore in academia Vitenbergenſi fuit. Etenim, vt ex Tua relatione habeo, natus es Francolebii, d. 27. *menſis Septembr.* 1707. *patre* BENIAMINO SCHNEIDEWEINO, *ciue oppidi Thuringiae, Nebra dicti, et matre* CHRISTIANA MARIA, *reuerendi olim Paſtoris Burgſcheidungenſis pagi Thuringiae,* ISAACI BIRCKHOLZII, *filia natu minima. Nec ſine omine factum eſt, quod ab ineunte aetate ardore incredibili ad artes liberales addiſcendas tractus, et inprimis* hereditario *quodam* iure *inductus fueris, vt animum ad ſolidioris iurisprudentiae culturam mature applicares. Eumdem enim ratione ſanguinis colis vt* abauum, *quem eruditi vt* patrem *venerati ſunt olim, et hodie adhuc colunt,* IOANNEM *ſcilicet* SCHNEIDEWEINVM, *Profeſſorem quondam iuris Wittebergae celeberrimum, qui adhuc reſtauratorem ſacrorum puriorum,* LVTHERVM, *et vidit et audiuit,* cuique adeo commendatus fuit, vt propter patriae vicinitatem et nominis celebritatem vſus amicitiae atque neceſſitudo quaedam cum eo interceſſerit, *vt teſtis eſt* IOACHIMVS *a* BEVST *in* orat. de vita eius anno 1577. *Wittebergae habita. Subiungit praeterea* BEVSTIVS: Non ſolum innoteſcere Luthero coepit, ſed et familiaris atque

domeſticus conuictor eſſe: qui quidem cum indolem in hoc adoleſcente egregiam eſſe ad virtutem atque literas perſpiceret, paterno amore eum eſt amplexus, ſecumque habuit toto propemodum decennio. *Verum etiam* HIERONYMVM SCHVRFFIVM *et* MELCHIOREM KLINGIVM *praeceptores obſeruauit, idque ſeducto egit, vt ex formula* LVTHERI *quidem in* religione, *praedictorum vero ICtorum in* arte iuris *viueret, gradumque eundem, in quo collocati fuerunt, obtineret, cuius voti mox compos factus, vt in vulgus notum eſt. In hac ſede egregie et docuit praeſentes viua voce et abſentes ſuis ſcriptis, quae in tanta fuerunt celebritate, vt commentaria eiusdem* ad inſtitutiones *etiam Veneti in Italia ſub mutato nomine:* IOANNIS OINOTOMI *anno* 1609. *ediderint. Ex tam celeberrimo ICto ſanguinem ducis, adeoque nihil magis Tibi curae cordique fuit, quam vt in flore aetatis mentem iis perpolires artibus, quae eam ad altiora praeparant. Quo igitur praeſidiis neceſſariis litterariis inſtrueres animum, anno* 1723. *ad Lyceum Nordhuſanum Te contuliſti, vt, quae Tibi Tuisque profectibus deeſſent, adderes; id quod etiam felici euentu factum eſt. Inde anno* 1727. *ſalutaſti limina Salanae academiae, vt iam propius veſtigia abaui Tui calcare inciperes, ibique ICtis eruditione et fama praeſtantibus, praeſertim* BRVCKNERO, SCHROETERO, BECKIO, BRVNQVELLO, DITMARO, LANGHVTIO, *aliisque operam dediſti ſtrenuam, atque ita iurisprudentiae Te dicaſti, vt inſignes quoque profectus in hac palaeſtra faceres. A parentibus reuocatus, anno* 1731. *in Belgium ex cauſis quidem domeſticis Te contuliſti, verum ſtudiorum Tuorum memor occaſionem e manibus Tuis elabi haud paſſus es, audiendi ſedula attentione* BYNKERSHOEKIVM *et* EVERARDVM OTTONEM, *et vltimam ſtudiis academicis addendi manum. Circa finem*

anni

Digitized by Google

anni redux factus, forenſia *magno ardore ſecutus es, et ſub auſpiciis praeſtantiſſimi Viri, Dn.* IOANNIS FRIDERICI BAVDII, *in foro pariter exercitatiſſimi, et publicis muneribus inclyti, in foro exoptatos progreſſus feciſti per aliquot annos, nihil pulchrius nihilque praeclarius fore ratus, quam vt in rem praeſentem venire, et praeſidia legum ad oppreſſorum auxilium adferre poſſes. Inter hos labores forenſes natum eſt praeſentis diſſertationis argumentum, ex obſeruationibus forenſibus tractum, prout ipſemet obſervaſti, in quo ſelectiora quaedam capita tantum explicuiſti, quae Tuo propoſito inſeruirent, quaeque Tibi aditum ad capeſſendos honores academicos pararent, mox Tibi etiam conferendos. Cum vero me ducem in hoc certamine publico elegeris, meum quoque eſſe duxi, Tibi Tuisque conatibus egregiis, quos ipſis in examinibus probauimus omni ex parte, applaudendi, atque fauſta quaeuis apprecandi. Impleat Deus vota, Teque incolumem ſoſpitemque ſemper eſſe iubeat. Vale. Dab. e. muſ. d. XXIV. Aug. MDCCXXXV.*

Digitized by Google

EXERCITATIO XC.

AD LIB. XLIII. PAND. TIT. I. ET XVII.

DE

VERO VSV REMEDII POSSESSORII ORDINARII ET SVMMARII.

CAP. I.

DE

NATVRA ATQVE INDOLE IVDICIORVM POSSESSORIORVM IN GENERE.

ARGVMENTVM.

I. Commoda poſſeſſorii iudicii. II. Interdictorum ratio, III. et diuiſio. IV. Eorum forum. V. Probatio ſemiplena non ſufficit. VI. A poſſeſſione enim multa iura pendent. VII. Ordinaria probatio non deſideratur. VIII. IX. De appellatione in poſſeſſorio. X. De cumulatione poſſeſſorii et petitorii.

§. I.

Iudicium vel petitor. vel poſſeſſor.

Variae recenſentur iudiciorum diuiſiones, inter quas non vltimo loco ponendam arbitror *petitorii* atque *poſſeſſorii* iudicii differentiam; quae in eo conſiſtit, vt in illo agatur de *proprietate* vel in genere de *iure in re*, eiusque declaratio in dubium vocata petatur; in hoc vero ſolius *poſſeſſionis* habeatur ratio. *l. Et an eadem.* 14. §. *Si quis.* 3. *ff. de except. rei iudicat. l. is, qui deſtinauit.* 24. *ff. de R. V.* §. *Retinendae.* 4. *I. de interd.* Multum quoque intereſt, cauſarum patronos hanc diſtinctionem probe perſpectam habere, quoniam ob difficilem *dominii* aliusue iuris in re pro-

probationem longe faciliori modo rem perſequimur in iudicio *poſſeſſorio*, quam in *petitorio*, prout iudicat Imperator in cit. §. 4. ibi: *commodius eſt et potius poſſidere quam petere.* Quilibet igitur curae cordique habeat ICti GAII conſilium, qui in *l. c. 24. d. R. V.* animaduertendum dicit, an aliquo interdicto poſſimus nanciſci poſſeſſionem, *quia longe commodius eſt, poſſidere et aduerſarium ad onera petitoris compellere, quam alio poſſidente petere.* At cum praxis hodierna iudicium poſſeſſorium latius extendere ſoleat, quam *leges Romanae et aequitatis ratio* ferunt, in eo iam occupatus ſum, vt genuinum vſum *remediorum poſſeſſoriorum retinendae ſc. poſſeſſionis* tam ex principiis iuris Romani, quam ex ratione legum Imperii illuſtrem.

§. II. Iure Romano remedia poſſeſſoria *interdictorum* nomine veniunt, quae erant formulae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri vetabat. *pr. I. d. interd.* Quo modo autem Romani interdictis vſi fuerint, nemo rectius intelligere poterit, niſi qui trium diuerſorum rationem habeat temporum. Primis et vetuſtiſſimis temporibus interdicta eorumque formulae ex edictis praetorum et ſpeciali horum conceſſione pendebant, ſtatimque praetor aditus *interdicebat*, h. e. iubebat vel vetabat aliquid fieri, prout optime declarat CICERO *pro Caecinna.* SCHILTER *exercit. ad ff. XLVII. §. 1.* Quodſi reus non pareret interdicto, praetor in cauſa *liquida* manu rem exſequebatur militari, *l. ſi quis. 3. pr. ff. Ne vis fiat.* aut ſi res *dubia* videretur, iudicem dabat pedaneum ſeu cauſam ad *ius ordinarium* remittebat, vt dicitur in *l. hoc edicto. 1. §. Neceſſario. 2. ff. ſi ventr. nom. mulier. l. ſi opus. 21. ff. Quod vi aut clam.* VINNIVS *in comment. ad I. pr. t. ad. interd. n. 1.* STRVVIVS *exerc. ad ff. XLV. th. 5.* HVBERVS *in praelect. ad ff. in epilogo ad l. 43.* Verum cum in his interdictis etiam *denunciationes* et *dilationes*

Forma veterum interdictorum.

nes et ſic variae *cunctationes* et *fruſtrationes* adhiberentur, poſtea ARCADIVS Imperator conſtituit, vt ruptis *denunciationum* ambagibus litigantes mox inter ipſa auſpicia rationem exprimerent; quibus verbis non plus interdictis remiſiſſe videtur, quam aliis cauſis ſummariis, h. e. *denunciationes* et *dilationes* ordinarias. conf. SCHILTER *d. l.* §. 3. IACOBVS GOTHOFREDVS *in not. ad l. 6. Cod. Th. de denunc. vel edit. reſcript.* vbi legem a TRIBONIANO corruptam et mutilatam in ſua refert integritate, et ſimul in *paratitl. d. l.* ſummatim morem antiquum *denunciationum* et *dilationum*, quarum ambages ARCADIVS ſuſtulit, recenſet, et explicat. Tandem IVSTINIANVS Arcadii conſtitutionem ſuam faciens, eandem ampliauit, atque omnes penitus veteres ambages, etiam circa *formulas et ordinem* veterem proſcribendo, actionem extra ordinem moueri iuſſit. *l. ſi quis.* 4. *C. de interd.* §. *de ordine.* 8. *I. de interd.*

Interdictorum diuiſio. §. III. Interdicta ſecundum §. 1. *I.* ſunt vel *prohibitoria* vel *reſtitutoria* vel *exhibitoria*; ſpeciatim vero quae poſſeſſionem tangunt, ita ſunt comparata, vt dentur vel ad *adipiſcendam*, vel *retinendam*, vel *recuperandam* poſſeſſionem. §. *ſequens.* 2. *I. ibid.* Nullum vero datur interdictum, quod ſit et *adipiſcendae* et *recuperandae* gratia comparatum. VINNIVS equidem exiſtimat in *l. ait praetor.* 1. §. *haec.* 3. *Ne vis fiat ei qui in poſſ.* tale contineri interdictum, quod ſit duplex tam *adipiſcendae* quam *recuperandae* poſſeſſionis; verum cum VLPIANVS hac lege nihil aliud ſignificare velit, quam dari interdicta tam *prohibitoria* quam *reſtitutoria*, prout diuerſitas *circumſtantiarum* et *caſuum* deſiderat, hinc ſuperiori ſententiae potius inſiſto, et verba finalia *l. interdictorum.* 2. *de interd.* huc non pertinere iudico. Scilicet quaedam interdicta dicuntur duplicia, h. e. in quibus vterque actor eſſe poteſt, vt explicat Imperator *in* §. *tertia.* 7. *I. de interd.* Quaenam autem ſunt illa? ait ICtus:

Digitized by Google

ICtus: tam *recuperandae* quam *adipiſcendae* poſſeſſionis, adeoque inde minime colligitur, dari interdicta, quae ſunt ſimul et *recuperandae* et *adipiſcendae poſſeſſionis*. DIONYS GOTHOFR. *ad cit. l. lit. b.* Ceterum haec verba vix genuina et proinde exſtirpanda eſſe non ſine ratione iudicat IAC. CVIAC. *l. IV. obſ.* 11.

§. IV. Remedia poſſeſſoria inſtituenda ſunt coram *iudice competente;* quis autem ille ſit, inter interpretes non conuenit. CVIACIVS *l.* 5. *obſ.* 19. *domicilii* forum vnice attendendum ſtatuit. E contrario DONELLVS *comm. cap.* 17. in foro *rei ſitae* tantum agi debere contendit, cui adſtipulatur STRVVIVS *ſynt. iur. ciu. exerc. IX. th.* 50. ita tamen, vt etiam cum hoc *domicilii* forum quandoque concurrere poſſit, quam ſententiam veriſſimam exiſtimo, dum forum *domicilii* generale eſt omnibus cauſſis tractandis. *l. haeres.* 19. *§. illud. ff. de iudiciis. c. dilecti.* 17. *X. de foro compet.* Forſan tamen cum COCCEIO *in diſſ. de fundat. in territ. poteſt. tit.* 4. §. 4. excipiendus eſt caſus momentaneae poſſeſſionis, ſecundum *l. vn. C. vbi de poſſeſſ.* quae non facile alibi, quam vbi res ſita eſt, decidi poteſt. Quis enim promtius ſpoliatum defendet in poſſeſſione, quam ille iudex, ſub quo bona poſſeſſa ſita ſunt? Equidem rurſus hic reclamare videtur *l. Praeſes.* 2. *C. de interd.* vbi dicitur, *quod praeſes prouinciae in eum, qui eiusdem prouinciae non eſt, ex interdicto cognoſcere non poſſit.* Verum 1) hic generatim agitur de *interdictis*, non ſpeciatim de remediis poſſeſſoriis: 2) neque praeciſe hic caſus ſupponitur, quo quis bona alibi ſita habet, cuius circumſtantiae nulla fit mentio, adeoque nec talem caſum praeciſe ſupponere debemus, ſed 3) ſimpliciciter id in *cit. l.* innuitur, quod ICtus in *l. extra.* 20. *de iurisd.* monet docetque. Addat. HVBERVS *in prael. ad I. t. de iudiciis*, §. 52. qui huius diſſenſionis tollendae cauſa elegantem addit diſtinctionem, quando

De foro competente.

ſc. fo-

Digitized by Google

ſc. forum rei ſitae atque domicilii in interdictis adhiberi poſſit. Ad minimum praeſtat, in foro rei ſitae agere, quoniam iudex ſententiam ſtatim executioni mandare poteſt. Si enim in foro domicilii actio inſtituitur, nec res ibi ſita eſt, iudex rei ſitae requirendus eſt, vt ſententiam a iudice domicilii latam exſequatur et in poſſeſſionem mittat. *l. a Diuo Pio.* 15. *de re iudic.* STRVVIVS *l. c. th.* 52.

De probatione in poſſeſſorio.

§. V. Modus probandi in interdictis longe differt ab illo, quem actiones ordinariae requirunt, quamuis circa eum a ICtis varii moueantur fluctus. Cum enim iure Romano pluribus legibus cautum eſſet, vt cauſae poſſeſſoriae *celeriter* terminarentur, inde HVBERVS *in prael. ad l. l. cit. n.* 33. *et* 34. *et ad l. tit. de interd. n.* 1. aliique magni nominis ICti ſibi perſuaſerunt, *ſemiplenam* probationem in actionibus poſſeſſoriis ſufficere. Errori huic inprimis occaſionem dederunt *l. momentariae.* 8. *C. vnde vi. l. meminerint.* 6. *quorum bonorum. l. ſi coloni.* 14. *C. de Agric. et Cenſ. l. cum de poſſeſſione. C. ſi de moment. poſſ.* ex quibus textibus tamen nihil aliud euincitur, quam poſſeſſorium *ſummatim* ac *celeriter*, reiectis denunciationum ac dilationum ambagibus, admiſſa nihilominus ſufficienti probatione, eſſe tractandum, id quod non obſcure docet *l. iudices.* 9. *C. de iudiciis. l. Carbonianum.* 2. *C. de Carb. edict.* conf. PFANKVCH. *tr. de ſummariiſſ. poſſeſſ. p.* 1. *cap.* 3. §. 4. Neque in eorum partes tranſire poſſum, qui rem acu tetigiſſe videntur, diſtinguentes, num cauſa poſſeſſionis ſit *magni*, an vero *leuis* praeiudicii; ſi magni, probationem *plenam*, ſin modici ſit praeiudicii, *ſemiplenam*, requiri ſtatuentes, vti de BARTOLO refert MARANTA *p.* 4. *diſt.* 9. *n.* 43-47. Quam ficulnea vero et nusquam in iure fundata haec ſit ſententia, ex ſequenti §. elucebit.

Poſſeſſionis vtilitas.

§. VI. Non quaedam tantum poſſeſſionis cauſa, ſed omnis magnum parit praeiudicium, quoniam illius commodum

Digitized by Google

modum maximi eſt ponderis. Sic qui poſſeſſorio indicio poſſeſſionem nactus eſt, releuatur ab onere probandi. *l. ſiue poſſidetis.* 16. *C. de probat. l. Is qui.* 24. *ff. de R. V.* Pro poſſeſſore magna militat praeſumtio, nec rem reſtituere, niſi actor dominium probauerit, *l. res alienas.* 28. *C. de R. V.* multo minus titulum poſſeſſionis edere tenetur, *l. cogi poſſeſſorem.* 11. *C. de petit. heredit.* et ſi alter etiam in probatione dominii defecerit, remanet in ſuo loco poſſeſſio. *§. retinendae.* 4. *I. de interd.* Adhaec princeps poſſeſſionis commoditas et vtilitas conſiſtit in fructuum perceptione, dum poſſeſſor bonae fidei praeſumitur is, qui auctore praetore poſſidet, *l. iuſte poſſidet.* 11. *ff. de A. vel A. P.* et lucratur ante litis conteſtationem in petitorio perceptos, *§. ſi quis.* 35. *I. de rer. diuiſ.* nec tenetur de percipiendis, quod praeiudicio confirmat BERGERVS *in el. proc. poſſ.* §. 39. quinimo bona fides in poſſeſſore tam grauiter praeſumitur, vt eam probare reus non teneatur, ſed aduerſarius contrarium oſtendere debeat. *l. quotiens.* 18. *pr. ff. de probat. l. non ex eo.* 30. *C. de euict.* addat. VINNIVS *in comment. ad I.* §. 35. *de rer. diuiſ. n.* 5. *in fin.*

§. VII. Quid igitur? ſi plena ſuo modo requiritur probatio, an ſeruato iuris ordine in interdictis hodie procedendum eſt, vt opus ſit articulis et cetera proceſſus ſolennia obſeruari debeant, vti CARPZOV. *part.* 1. *reſponſ.* 9. *n.* 10. contendit? Minime! ſed potius cum Dn. BERGERO diſtinguendum autumo inter probationem *plenam* et *ordinariam*, ita vt *plenam* quidem, neutiquam vero *ordinariam*, ſed tantum *demonſtrationem* requiri adſerendum ſit, *conſ. elect. proc. poſſ.* §. 1. Hinc ceſſat quoque reconventio proceſſus ſc. *ordinarii*, per quam celeris *poſſeſſorii* expeditio retardatur. Hoc enim eſſet contra naturam reconuentionis, quae ſc. lites contrahendi cauſa introducta eſt: bene autem locum habere exiſtimo reconuentionem *Probatio ordinaria non requiritur.*

in cauſis aeque celeriter tractandis. In Saxonia reconuentionem petitoriam admitti ob diuerſum a iure communi tractandi modum, auctor eſt ILL. THOMASIVS *in ſcholiis ad Huberi praelect. tit. ff. de quib. reb. ad eund. n.* 5.

De adpellatione. §. VIII. Circa adpellationem in interdictis victum in poſſeſſorio adpellare minime poſſe ob *l. vn. C. ſi de moment. poſſ.* HVBERVS *prael. ad l. tit. de interd. n.* 9. et *ad ff. tit. vti poſſid. in fine* aliique contendunt, et in ſuas partes trahunt CVIACIVM *lib.* I. *obſ.* 20. Sed lubens confiteor, me hanc ſententiam ex *obſeruatione allegata* eruere non poſſe. Niſi me omnia fallunt, CVIACIVS *h. cap.* tantum oſtendere voluit, momentariam actionem ad omnes perverſae poſſeſſionis caſus eſſe referendos, non tantum vbi vis acceſſerit, *t. t. C. ſi per vim* et quamuis dicat, hanc reformationem vsque adeo celerem eſſe, vt nec eam adpellatio remoretur, exinde tamen non ſequitur, ipſum adpellationem in omni poſſeſſorio non admittendam exiſtimaſſe. STRVVIVS quidem veritati propius accedere videtur, ſcribens *exerc. L. th.* 4. in poſſeſſorio *momentaneo* adpellationem non procedere, in *ordinario* autem (per quod ſine dubio poſſeſſionis retinendae interdictum intelligit) tantum, quoad *effectum deuolutiuum*, non vero *ſuſpenſiuum* adpellari poſſe. At vt proſus mihi videtur, STRVVIVS partim ſibi contradicit, partim ſententiam iuri ciuili contrariam tuetur. Aſſerit ipſe *exerc. XLV. th.* 172. iure Romano verbis: *momentanea poſſeſſio*, nihil aliud quam vnum idemque poſſeſſorium tam adipiſcendae et retinendae quam recuperandae poſſeſſionis cauſa comparatum intelligi; id quod ſi verum eſt, neceſſario inde ſequitur, in omni poſſeſſorio adpellationem ſibi locum vindicare. Et quod alterum attinet, vt ſc. omni iuri contrarium oſtendam, poſſeſſorium ordinarium quoad effectum deuolutiuum adpellationem admittere, hoc me facili negotio praeſtiturum arbitror.

§. IX.

Digitized by Google

Adpellatio quoad effe-ctum deuolu-tiuum iuri ci-uili incognita.

§. IX. Iure ciuili iudex a quo adpellatum fuit, nihil poteſt innouare, ſiue adpellatio recipiatur, nec ne. vid. *t. t. ff. nihil innouar. adpell. interp.* Ex quo neceſſario fluit, eum ſententiam executioni mandare non poſſe. Adhaec *integer ſtatus* eſſe dicitur prouocatione interpoſita, §. 3. *d. l.* neque poteſt lis finita dici, quae per *adpellationem* ſuſpenſa eſt, cum res iudicata finem litis faciat; *l. res iudicata* 1. *ff. de re iud.* quinimo is, qui appellauit, ne quidem condemnandus dicitur. *l. rei capitalis.* 2. §. *cum.* 2. *ff. de poenis.* Summa autem iniquitas foret, eum executioni ſubiicere, qui nondum condemnatus eſt. Ob has itaque rationes concludo, adpellationi etiam in iudiciis poſſeſſoriis locum eſſe, excepto *recuperandae poſſeſſionis* interdicto, quod in *l. vn. C. ſi de mom. poſſ.* exceptum eſt. Non aliam enim intelligi poſſeſſionis cauſam per verba: *momentanea* patet ex *l. fin. C. qui legit. perſ. ſtand.* vbi diſerte ab interdicto *adipiſcendae* poſſeſſionis, diſtinguitur. conf. PFANKVCH *l.* 2. *c.* 18. §. 57-70. Nulla itaque *a momento* eſt adpellatio ſc. quae executionem impediat, ne, quod *beneficio celeritatis* inuentum eſt, ſubdatur iniuriis tarditatis, vt ait *l.* 22. *C. Theod. quor. adpell. non recip. conf.* PEREZ. *in cod. tit. ſi de moment.* Longe aliter autem ſe res habet iure canonico ſecundum quod adpellatio in iudiciis poſſeſſoriis indiſtincte admittitur. *c. ex conqueſtione X. et c. cum ad ſedem.* 15. *X. de reſtit. ſpol. c. de adpellationibus.* 11. *X. de adpellat. clem. vn. de cauſſ. propr. et poſſ.*

De cumulatione poſſeſſ. cum petit.

§. X. Circa cumulationem poſſeſſorii cum petitorio magna inter Dd. lis vertitur, quae tamen facile terminari poterit, modo rem bene ponderemus pro diuerſitate iuris *ciuilis* et *canonici*. Quod ad ius *ciuile* attinet, obſeruandum venit, cumulationem in eo non eſſe fundatam, quam-

Digitized by Google

quam non deſint, qui eam defendere conentur, omne praeſidium quaerentes in *l. naturaliter.* 12. *ff. de A. vel A. P. et l. cum fundum.* 18. §. *fin. de vi et vi armat.* Cum autem in his legibus agenti rei vindicatione tantum facultas detur reſiliendi ad poſſeſſorium, neutiquam vero in illis diſponatur, vt tunc poſſeſſorium et petitorium ſimul finiatur, hinc hanc opinionem, vt minus firmiter ſtabilitam, reiiciendam puto. Hoc vtique certum, poſſe aliquem poſſeſſorium inſtituere, lite iam ſuper proprietate mota, *d. LL.* modo id faciat ante cauſſae concluſionem, quia per concluſionem renunciatur vlterioribus probationibus. Sed quid opus eſt tantis verborum ambagibus ad oſtendendum, cumulationem ius ciuile ignorare, cum nobis ſufficiat, iure canonico eandem a pontifice quoad interdictum *adipiſcendae* et *recuperandae* adprobari? *c. paſtoralis.* 5. *X. de cauſſ. poſſ. et propr.* Dn. PRAESES *iur. eccleſ. tit. iam. alleg.* §. 2. *et ſq.* Difficilius autem haec cumulatio admitti poterit cum poſſesſorio *retinendae*, vti adductus textus indicat; quod vero praxin attinet, ea facilius procedet, ſi, quod Dn. BERGERVS *in oecon. iur. l.* 4. *t.* 30. *n.* 12. monet, actor *alternatiue* petitum ſuum format, vt ſc. ipſe vel poſſeſſor declaretur, vel ſi non poſſidere deprehendatur, reus in petitorio condemnetur. Nec praetereundum eſt, in ſeruitutibus quoque hanc cumulationem admitti, e. g. interdictum *vti poſſidetis* cumulari poteſt cum actione confeſſoria; non enim idem eſſe, ex interdicto, an confeſſoria agas, oſtendit BERGER. contra SCHILTERVM *el. proc. poſſ.* §. 1.

CAP. II.

Digitized by Google

CAP. II.

DE POSSESSORIO ORDINARIO.

I. Origo poſſeſſorii ordinarii. II. Diſcrimen a ſummario. III. Interdictum retinendae poſſeſſionis duplex. IV. Retinere poſſeſſionem quid? V. Cui competat hoc interdictum? VI. Quid in eo probandum? VII. Quatenus heredi et in heredem detur? VIII. Quaenam exceptiones admittantur? IX. Quae cautio exigatur? X. De ratione ferendi ſententiam.

§. I.

Origo poſſeſſorii ordinarii et ſummarii.

Poſſeſſorium retinendae a Doctoribus diuidi iterum ſolet in *ordinarium* atque *ſummarium:* cuius diuiſionis origo neque ex iure ciuili neque canonico petenda eſt, quanquam non deſint, qui eam in vtroque fundatam dicant.

An ex iure Romano?

Ex *iure Romano* plerumque allegare ſolent *l. ſi cuius.* 13. §. *ſed ſi.* 3. *ff. de vſufructu.* Sed ſi rem curatius intueamur, lex haec talem non feret interpretationem, dum in illa de duobus fructuariis ſuper vſufructu controuertentibus agitur, et, qua iuris via his commode ſubueniri poſſit, disquiritur; qua vero ratione ab hoc caſu ad *poſſeſſorii ſummarii* vſum argumentari liceat, mihi non conſtat. Potuiſſe enim praetorem inter controuertentes, qui *pro indiuiſo* hactenus poſſederant, diuiſionem fundi vſufructuarii inſtituere, facile admitto, ne ſc. ad arma et rixam partes procederent; exinde autem minus recte colligitur praxis ſummarii poſſeſſorii apud Romanos. Neque ritum *vindiciarum* Romanis vſitatum *l.* 2. §. 24. *ff. d. O. I.* huc trahendum exiſtimo, vt SCHILTERVS *exerc. XIII.* §. 11. obſeruat, atque ex Menochio refert, aliquid cauſſae proprietariae huic admixtum videri, et ipſe

An iure canonico?

exerc. XVI. §. 10. differentiam litis vindiciarum et poſſeſſorii ſummariiſſimi addit. POSTIVS quidem *tr. de ſummariiſſimo poſſeſſ. obſ.* 4. *n.* 1. hoc poſſeſſorium ſummarium *iure canonico* pro aequiſſimo haberi aſſerit, id quod ex *cap. cum veniſſent.* 6. *X. d. inſtitut.* probare intendit. Sed quem fugit, ibi de *poſſeſſorio ordinario* agi? conf. PFANKVCH *l.* 1. *c.* 2. *n.* 3. At dices, remedia *prouiſionalia* ſunt fundata in iure *ciuili* aeque ac *canonico*, cur non ergo etiam hoc? Verum enim vero cum *prouiſionalia remedia* in iure ſint determinata, vltra quae iudex inferior procedere nequeat; in materia poſſeſſionis autem haec *determinatio* iuris deſit, facile liquet, argumentum inde deductum nimis generale eſſe. Omni itaque dubio caret, hanc diuiſionem nos Doctoribus debere, et quoniam omnium optime eius originem explicuit SARMIENTO *ſelect. interpr. l.* 2. *c.* 13. *n.* 12. ipſius verba adiicere nullus dubito.

Vera ſententia.

Videntes doctores, quod l. properandum. C. d. iudiciis, quae terminum inſtantiae praefixit, non habeat locum iure canonico, quo inſtantia perpetuo durat, et quod Speculator in tit. d. adpell. in §. breuiter etc. inquit, *quod pendebat quaedam cauſſa coram eo, quae fuit coepta ante ipſius natiuitatem cum tunc eſſet ſexaginta quatuor annorum, et nondum erat lis conteſtata, et cum viderent, in quam, nec cauſſas petitorii nec poſſeſſorii finiri, inuenerunt iſtud iudicium poſſeſſorium poſſeſſorii, in quo non adpellaretur, quod ſaltem finiretur cauſſa principali vel poſſeſſorii vel petitorii durante: et haec fuit cauſſa huius inventionis neceſſitate quadam, ne per tot annos, quibus vitio temporum et cauillationibus litigantium eſſet duratura lis, in incerto verſaremur, quis interim eſſet poſſeſſor, vt intelligi poſſet, quis actoris, quis rei vices ſuſtinere deberet: et in l. exitus ff. d. acq. poſſ. et l. inter litigantes ff. d. iudic. et ita ſi iuris noſtri regulas attendamus, dictum remedium poſſeſſorium ſeparatum a remedio vti poſſidetis nullum habet*

Digitized by Google

bet fundamentum; ſi enim lites poſſeſſorii eſſent momentaneae, quod cauſae petitorii finis cito deberet eius vtilitatem abſoluere, non eſſet opus adinuenire haec emendicata remedia, ideo iuſtiſſime ſanctiſſimi pontifices ſuis reſcriptis haec iudicia poſſeſſoria ſaepiſſime extinguunt, vt de veritate principalis negotii et proprietatis iure videatur, cum hodie poſſeſſoria iudicia potius lites inuoluant, quam dirimant, maxime cum hodie ſint valde corrupta.

§. II. Iudicium *ordinarium* (quod alii *ſummarium* appellant, conf. BERGER *in el. pr. poſſ.* §. *quia;* ſpectato enim procedendi modo nullum datur iudicium *ordinarium* poſſeſſorium) diſtinguitur a *ſummariiſſimo*, quod in illo agatur de *quantitate* et *qualitate* poſſeſſionis, vtra *antiquior*, et vtrum alter vi, clam et precario poſſideat ab altero; in hoc vero ſolum *factum poſſeſſionis praeſentaneae* diſceptatur. Add. BERGER *in oecon. iur. l.* 4. *t.* 30. *not.* 2. Et cum luce meridiana clarius ſit, ſummariiſſimum eſſe introductum in eum finem, ne per tot annos poſſeſſio incerta relinquatur, hinc merito notandus eſt STRVVIVS, quod in *iurisprud. Romano-Germanica tit. d. interdictis* iudicium poſſeſſorium nulla adhibita diſtinctione dixerit eſſe vel *ſummariiſſimum* vel *ordinarium*, cum tamen in reliquis iudiciis poſſeſſor vtique certus deſideretur, et iniquum foret, exorbitans hocce remedium tam late extendere. Indubitato itaque concludo, in ſolo poſſeſſorio *retinendae* diſtinctionem ſummarii atque ſummariiſſimi admitti debere, idque confirmat POSTIVS *de manut. obſ.* 3. *n.* 19. *Differentia ordinarii a ſummario.*

§. III. Iure Romano *retinendae poſſeſſionis* interdicta duo proponuntur: Interdictum *vti poſſidetis* et *vtrubi*, et in eo olim differebant, quod *vti poſſidetis* daretur ei, qui rem ſoli poſſideret, et ad praeſens tempus referretur; *l. ait praetor* 1. §. *hoc interdictum* 1. *ff. vti poſſidetis: Vtrubi* vero ei competeret, qui rem mobilem tenebat, et ad tempus prae- *Interdicta retinendae poſſeſſionis duo apud Romanos.*

Digitized by Google

praeteritum pertinebat, vt ſc. is vinceret, qui maiore parte anni poſſederat, *l. maiore parte.* 156. *de V. S.* in *vti poſſidetis* autem, qui interdicti tempore poſſidebat. Sed IVSTINIANI temporibus huius interdicti differentia in vſu eſſe deſiit, et in vtroque vicit is, qui tempore litis conteſtatae *ſine vitio* ab altero poſſidebat. *§. retinendae.* 4. *I. d. Interdictis*, et VINNIVS *ad h. §. n.* 4. Neque iure canonico aliquid noui introductum arbitror, cum in *cap. licet cauſam.* 9. *X. d. probation.* tantum contineatur, eum qui, *antiquiorem* poſſeſſionem, et praeterea ſe tempore *litis conteſtatae* poſſidere, probauit, praeſumi iuſte, h. e. ſine vllo vitio, aduerſarium autem vitioſe poſſidere, id quod iuri ciuili non refragatur, quoniam poſſeſſio ſemel poſita adhuc durat, nec mutatio praeſumitur, ſed eſt facti. Igitur qui ſe, contra poſſeſſionem temporum extremorum (principii et finis) probantem, nihilominus poſſidere contendit, docere debet, aduerſarium cecidiſſe a poſſeſſione facto ſuo, v. gr. per alienationem. conf. MARANTA *ſpec. aur. P. IV. diſt.* 7. *n.* 19. BERGER. *in elect. proc. poſſeſſ. n.* 32.

Quid ſit retinere poſſeſſionem?

§. IV. Vt autem intelligatur, quis hoc remedio vti poſſit, videndum ante omnia, quid legibus dicatur *retinere poſſeſſionem.* Certe multis ardua et ſpinoſa haec videtur quaeſtio, quae tamen beneficio analogiae *iuris* atque *rationis* facile terminari poterit. *Retinemus poſſeſſionem*, vel cum ipſi rem poſſidemus, vel ſi noſtro nomine alium in poſſeſſionem miſimus, *§. poſſidere autem.* 5. *I. d. interdictis*, et circa hoc nullum eſt dubium. Sed quid Imperator verbis ſequentibus indigitet: *animo quoque ſolo poſſeſſionem retineri*, controuertitur. Equidem communiter hic a Doctoribus diſtinctio inter poſſeſſionem *ciuilem* atque *naturalem* adhiberi ſolet, quae tamen applicatione debita carere videtur. Etenim Imperator his verbis indicat, aliquem, licet e fundo egrediatur, tamen poſſeſſionem

nem non amittere, quoniam *animus amittendae poſſeſſionis* abeſt. *l. poſſideri autem* 3. §. *ſed et* 7. *ff. de A. vel A. P. l. clam.* 6. §. *fin. eod.* Quodſi enim allata diſtinctio locum inueniret, ſequeretur, aliquem toties amittere *poſſeſſionem naturalem*, quoties e fundo exit, et reverſum eam recuperare, quod ſane abſonum foret, vti oſtendit VINNIVS *ad* §. *poſſidere autem.* 5. *I. d. inderdictis, n.* 4. quin imo ſi dicas, aliquem *ciuilem* hic retinere *poſſeſſionem*, etiam aſſerendum foret, ipſum, ſi interim alius fundum occuparet, poſſe hoc interdicto agere, cum tamen potius remedio *recuperandae* vti debeat, quod non obſcure innuit *d. l. clam poſſidere.* 6. §. *fin. d. A. vel A. P.* Quamobrem dicendum eſt, poſſeſſionem tam diu animo retineri, quamdiu nobis facultas relicta eſt, eam, cum velimus, corpore iterum adprehendendi, cum, ea facultate ſublata, etiam inuiti poſſidere deſinamus. *l. poſſideri autem.* 3. §. *Nerua.* 13. *d. A. vel. A. P.* VINNIVS *cit. loc.* Neque enim ſufficit, vt quis fingat vel putet tantum ſe poſſidere. HVB. *prael. ad ff. t. d. A. vel A. P. n.* 6.

§. V. Ex his patet, ei tantummodo competere interdictum *vti poſſidetis*, qui poſſidet rem animo ſibi habendi, ſiue ipſe ſiue *per alium* poſſideat; contra, quamuis in fundo ſis, ſi nolis eum poſſidere, ſtatim poſſeſſionem amittis. *d. l. poſſideri autem* §. *in amittenda* 6. *ff. d. A. l. A. P.* Dubium itaque fortaſſis enaſcitur, quare etiam vſufructuario haecce competat actio, *l. vlt. vti poſſ.* cum tamen ea denegetur conductori, commodatario, depoſitario, amico, hoſpiti *d. l. poſſideri* 3. §. *caeterum* 12. *et l. generaliter* 9. *l. qui vniuerſas* 30. §. *fin. eod. l. ſi duo* 3. §. *creditores* 8. *vti poſſid.* fructuarius autem non magis poſſideat, quam illi? *l. certe* 6. §. *is qui rogauit.* 2. *de precar.* §. *de iis autem.* 4. *I. per quas perſon. cuiq. adquir.* Sed notandum, vſufructuario merito in iure noſtro maiorem tribui facultatem quam illis, quorum facta eſt mentio, ob *ius*, quod in re *Cui competat interdictum vti poſſidetis.*

 habet,

habet, et quia omne rei emolumentum ad eum pertinet, quapropter etiam in interdicto *unde vi* pro poſſeſſore habetur. *l. quod eſt.* 3. §. *unde vi.* 13. *et ſeqq. de vi et vi arm.* VINNIVS *ad* §. 5. *Inſt. n.* 1. HVBER. *prael. ad I. de interdict. n.* 11. Cum itaque interdictum tantum poſſeſſorem ſoli tueatur, certo adparet, ad ipſum etiam tantum *directam* eſſe actionem: ſed annon vtilis pro poſſeſſione iurium detur? diſceptari ſolet, et nullus dubito, quin affirmantibus ſubſcribam ob *l. vlt. ff. de ſeruit. et l. ſicut.* 8. §. *Ariſto.* 5. *ſi ſeruitus vindicetur*, imo frequentius hoc interdictum *vti poſſidetis* de *iuribus*, quam de corporibus, in foro audiri, auctor eſt BERGER. *ex Brunnem. ad l.* 1. *ff. vti poſſid. in elect. proc. poſſ.* §. 7.

Quid probandum. §. VI. Non autem ſufficit, aliquem probaſſe ſe poſſidere, ſed factum *turbationis* alterius demonſtrandum eſt; quibus rationibus autem id perficiatur, probe attendi debet. Quodſi enim teſtes producere poſſim, quibus *factum turbationis* cognitum eſt, facile finem obtinebo; ſed ſi horum teſtium copia non ſit, probando *antiquiorem* poſſeſſionem, eo res deducitur, vt alter praeſumatur clandeſtinam tenere poſſeſſionem. Caueat interim ſibi actor, ne in libello exprimat, aduerſarium a ſe *clam* poſſidere, quia *clandeſtinitas* vt plurimum difficillimae eſt probationis. Turbationem vero etiam exinde probare poteſt actor, *cum reus actorem poſſidere neget, actor autem poſtea ſuam poſſeſſionem probet*; hoc ipſo enim reus ſe actus quosdam poſſeſſorius exercuiſſe dicit, qui, probata actoris poſſeſſione, neceſſario turbatiui cenſendi ſunt. MARANTA *ſpec. aur. P. V. diſt.* 7. *n.* 15. Hinc ſi actor poteſt inſtrumentum producere, in quo reus actorem poſſidere confitetur, reum pro clam poſſidente habendum arbitror, quia poſſeſſio etiam per inſtrumenta recte probatur. *l. cum res.* 12. *C. de probation.* Nec obſtat *l. quod meo.* 18. *ff. d. A. vel A. P.* quia minime eo ipſo adſtruo, poſſeſſionem per *quodlibet*

inſtru-

Digitized by Google

inſtrumentum probari, ſed tantum per tale, in quo reus alterum poſſidere *confeſſus* eſt, et quia nemo poteſt venire contra proprium factum, ea propter aduerſarius tale inſtrumentum aut recognoſcere, aut iurato diſſiteri tenetur. BERGER. *in elect. proc. poſſ.* §. 30. Tandem notandum, etiam per iuramenti delationem poſſeſſionem probari, quoniam iure ciuili ſemper integrum eſt ei, qui in probatione defecit, aduerſario iuramentum deferre, ex quacunque ſit cauſa. *l. ait praetor.* 3. §. *quacunque.* 1. *ff. de iureiurando.* conf. PFANKVCH *l.* 2. *c.* 15. *n.* 28.

Quatenus hoc interdictum heredi detur et contra heredem.

§. VII. Cum itaque ad hoc interdictum requiratur, vt aliquis poſſideat, hinc manifeſto adparet, illud non dari *heredi*, quia poſſeſſio *ipſo iure* non tranſit in heredem. *l. cum heredes.* 23. *pr. ff. d. A. vel A. P.* Vtrum hoc moribus Germaniae ſit mutatum, admodum dubito: quis enim de vniverſali Germanorum conſuetudine teſtari poterit, cum nullus ICtus omnium pene locorum conſuetudines perſpectas habeat? Et quamuis SCHILTERI *exerc. XV.* §. 17. *ſeqq.* et *exerc. XLVII.* §. 57. adducta ratio, quod ſc. iure Teutonum poſſeſſio morte in heredem tranſeat, contrarium euincere videatur, teſtatur tamen BERGER. *in el. pr. poſſ.* §. 24. in foro longe abeſſe, vt haec ſententia valeat, ſed collegia iuridica conſtanti iudicio potius ius Romanum ſequi, h. e. apprehenſionem ad acquirendam poſſeſſionem eſſe neceſſariam. POSTIVS *obſ.* 55. *n.* 23. Quamuis enim dicas, adita hereditate ex tempore mortis defuncto heredem extitiſſe, fingi ſec. *l. omnis hereditas.* 138. *d. R. I.* id tamen, vt probe annotauit BERGERVS *l. c.* in iis tantum verum eſt, quae *iuris* ſunt, non etiam quae *facti*, vti *poſſeſſio.* Porro quoniam heres ex facto defuncti illicito non tenetur, neque contra eum haec actio intentari poteſt, SCHOEPFFER *in ſyn. iur. priu. t. vti poſſid. n.* 13. iniquum enim foret heredem ex delicto defuncti conueniri poſſe. Ceterum quam-

vis contra heredem non detur *actio poſſeſſoria uti poſſidetis*, alio tamen ſubuenitur poſſidenti iuris remedio, ſc. *actione legis Aquiliae*, qua damni per turbationem illati conſequitur reparationem, de iure ciuili quidem, quando heres locupletior factus; *l. inde* 23. §. *hanc* 8. *ad L. A.* ſed de *iure canonico* et moribus *indiſtincte* de quo vid. THOMASII diſſ. *de larua detracta act. l. aquil. in f.* BERGERVS *l. c.*

Exceptio dominii opponi nequit. §. VIII. Supra iam reieci illorum ſententiam, qui poſſeſſorium quoad *modum procedendi* cum petitorio in omnibus conuenire aſſerunt; inde nec iis conſentire poſſum, qui ſine diſtinctione *omnes exceptiones* admittunt. Spectato enim tractandi modo a legibus praeſcripto cauſa poſſeſſionis nihil commune habet cum proprietate, ex quo patet, exceptionem dominii in hoc poſſeſſorio nullum ſibi vindicare locum, quoniam ea potiſſimum exceptio hic idonea eſt, cum alter ab altero *vi*, *clam* vel *precario* poſſidet. *l. vn. C. vti poſſid.* Adhaec ſi exceptio *dominii* attendi deberet, conſequeretur, *iuſtam* h. e. *titulatam* requiri poſſeſſionem, cum tamen *in ſumma poſſeſſionis* non multum intereſt, *iuſte* an *iniuſte* quis poſſideat, ſec. *l. poſſideri autem.* §. *ex contrario* 5. *ff. d. A. vel A. P.* Ceterum hoc in tantum procedere ſcribit STRVVIVS, vt haec actio non elidatur, etiamſi liquidiſſimas pro *dominio* probationes aduerſarius afferat, *exerc. XLV. th.* 119. Neque obſtat, quod poſſeſſorium et petitorium poſſint cumulari, et ſimul tractari, quia vt ſupra dictum, hic vnice actor ſibi praeiudicat, onus probandi dominium in ſe recipiens, quamobrem ſi aduerſarius *dominii* exceptionem admittat, res omni dubio caret. Liquet ex iam dictis, poſſeſſorio ſolo inſtituto, iudicem de *proprietate* cognoſcere non valere, quamuis ex actis de iuſta petitorii cauſa intuitu actoris quodammodo conſtet, *l. vt fundus* 18. *ff. commun. diuidundo* L. B. d. LYNCKER 1. *deciſ.* 175. quod tamen alii limitant, niſi *clauſula*

Digitized by Google

ſula ſalutaris libello adiecta ſit. SCHÜZ *comp. Lauterb. t. d. interd.* At neſcio, an huic clauſulae talem vim tribuere liceat, vt cuilibet iudici in ferenda ſententia a regulis iuris communis recedendi facultas ſit: idcirco hanc limitationem ſolum in magiſtratu maiori h. e. principe, procedere, ratio ſuadet. PEREZ. *in Cod. tit. de ſententia, quae ſine certa quant. n.* 9. quamuis fatendum mihi ſit, in praxi potius contrarium obſeruari, quoniam per eam clauſulam omne remedium competens intentatum videtur. DN. PRAESES *iur. eccl. l.* 1. *t.* 32. §. 6. *et ſqq.*

§. IX. Circa cautionem in iudicio poſſeſſorio *de non amplius turbando* praeſtandam, monendum, eam ab actore vtique peti poſſe ſecundum *praxin hodiernam*, de qua teſtatur BERGER. *in el. pr. poſſ.* §. 36. ſed an ea interdicto, prout legibus Romanis proditum eſt, conformis ſit? dubitatur? Equidem SCHILTERVS *exerc. ad ff. XLVII. th.* 60. dicit, *l. vn. C. poſſidetis* eſſe ex mente atque ſeculo Iuſtiniani explicandam. At cum h. l. cautionis prorſus diuerſae fiat mentio, ab actore ſc. praeſtanda, quae in eo conſiſtit, rem poſſeſſam haud deteriorem factam, remque, ſi in petitorio victus fuerit, reſtitutum iri, non video, qua ratione hanc legem de *cautione* a *victo* praeſtanda explicari debeat, inprimis cum nulla reperiamus veſtigia, hanc cautionem tempore Iuſtiniani fuiſſe receptam. POSTIVS *obſ.* 104. *n.* 2. Etenim *l. ſi de via* 7. *ff. de aqua cottid.* quae de *rebus incorporalibus* agit, minime ad res ſoli, ſiue corporales extendendam puto: quoniam res incorporales non *proprie* imo nec tam ſecure poſſidentur, vt non facile poſſeſſio turbari queat, *l. vlt. ff. d. ſeru't.* quin quod earum poſſeſſio conſiſtat in ſolo vſu, id quod de rebus corporalibus dici nequit. Errant autem, qui exiſtimant, hanc cautionem vnicum ſignum eſſe, ex quo pateat, num quis poſſeſſorio ordinario, an vero ſummario agere velit, quoniam haec cautio De cautione.

Digitized by Google

rectiſſime etiam in poſſeſſorio ſummariiſſimo exigitur. BERGER. *l. c.* LVDOVCI. *Einleitung zum Civil-Proceſs c. 2. §. 26.*

De ratione ferendi ſententiam.

§. X. Quemadmodum autem ſupra dixi, omnia proceſſus *ſolennia* in hoc ordinario exulare, adeo vt etiam nullis opus ſit *articulis* neque *litis conteſtatione* ſpeciali, ita notandum, hoc in ferenda ſententia aliter ſe habere. Quamvis enim etiam inter *ſolennia* referendum ſit, vt iudex ſententiam ex ſchedula vel *periculo* legat, illud tamen in hoc iudicio haud remiſſum eſt. BRVNNEM. *pr. ciuil. c.* 27. *n.* 47. Huius rei rationem hanc eſſe puto, vt litibus ſuper pronunciatione ſententiae ortis praecaueatur, et ex ſchedula, in qua ſententia ſcripta fuit, lis eo certius decidatur. Quodſi tamen alicui fides iudicis ſuſpecta ſit, petere poteſt, vt acta transmittantur ad collegium iuridicum: et quamuis iudex prima vice eius petitis non annuat, illud tamen recuſare nequit, quoties agitur de ſententia, quam ipſe iam ſemel in cauſſa pronunciauit, emendanda. *Rec. imper. d. anno* 1654. §. 113. conf. SCHOEPFFER *in ſynopſi iuris priuati tit. de re iudicata n.* 14.

CAP. III.

DE POSSESSORIO SVMMARIISSIMO.

ARGVMENTVM.

I. Diſpoſitio ordinat. Camer. circa poſſeſſorium ſummarium. II. Huius origo. III. Eius definitio. IV. Inter immediatos introductum, ad mediatos quoque applicatur. V. In caſu turbatae poſſeſſionis obtinet. VI. praeſertim ob periculum armorum vel in mora. VII. Summarie proceditur per implorationem. VIII. Datur cuilibet poſſeſſori. IX. Decernitur mandatum, ſalua

Digitized by Google

ſalua exceptione ſub - et obreptionis. X. Demonſtratio in eo exigitur per teſtes. XI. et inſtrumenta. XII. De reprobatione. XIII. De ſententia. XIV. De interuentione. XV. Appellatio in eo non admittitur.

§. I.

Praecedenti capite de iudicio *ordinario* poſſeſſorio me ſatis, in quantum ſc. ad addiſcendum huius *ſummariſſimi* vſum neceſſarium eſt, diſſeruiſſe arbitror. Venio nunc ad explicationem huius remedii, in praxi decantatiſſimi, pro cuius intellectu et vero vſu ſtatim prouoco ad *normam*, quam tradit *paragraphus fin. tituli* 21. *partis* 2. *ordinationis Cameralis*. Eius verba ita ſonant: *Ob auch in obberührten Fall zwiſchen den Partheyen, die ohne Mittel dem Reich unterworffen, die Gewehr,* poſſeſſion *oder* quaſi, *aus redlicher Anzeigung zweifflich, und ſorgliche Empörung, Weiterungen, und Aufruhr daraus zu beſorgen, ſollen* Cammer - *Richter und Beyſitzer Gewalt und Macht haben, auf Anruffen der Partheyen oder für ſich ſelbſten* ex officio *die* poſſeſſion *zu ſequeſtriren, oder aber der* quaſi poſſeſſion *halber, an ſtatt der* ſequeſtration *beyden Theilen zu gebiethen, ſich derſelben zu enthalten, alsbald darauf* ſummarie *ohne einigen gerichtlichen Proceß, oder anderen weitläufftigen Ausführung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die* poſſeſſion *oder* quaſi *einzugeben oder zu inhibiren ſey, ſich derſelben biß zu endlichen Austrag des Rechtens* in poſſeſſorio *oder* petitorio *zu enthalten, und ſo das beſchehen, ſoll alsdenn ſolches keinem Theil an ſeinem Inhaben oder Beſitz in Recht nachtheilig ſeyn.*

Norma et fundamentum poſſeſſorii ſummariſſimi.

§. II. Hocce remedium, vt vt antiquiſſimum, et veteribus gloſſatoribus iam cognitum, in Germania, praeſertim in Camera non ſtatim floruit, eapropter noſſe intererit,

Origo eius in Germania et inprimis in Camera.

Digitized by Google

rit, qui factum ſit, vt illud in Camera reciperetur. Cuilibet rerum Germanicarum perito notum erit, *diffidationes* olim in imperio Romano admodum fuiſſe frequentes, hinc Imperatorem MAXIMILIANVM omnem mouiſſe lapidem, vt huic malo mederetur, in quem finem *pax publica* conſtituta, inque eius violatores grauis dictata eſt poena, *Manuten. pac. publ.* §. 8. Verum enim vero, vt nulla lex tam ſancte cuſtoditur, quo minus in eam impingatur, ita non defuerunt, qui laudatae huius *pacis publicae* conſtitutionem ſpernerent, atque orta lite de poſſeſſione ad arma ruerent. Eam ob rem iudicii Cameralis adſeſſores in comitiis imperii proponere e re eſſe putarunt, vt *interim* rei litigioſae fieret ſequeſtratio; ſed ipſorum conſilium tum temporis Imperatori atque imperio non arriſit, vti videre eſt *ex R. I. de anno* 1532. §. 15. Cum autem *anno* 1555. Auguſtae Vindelicorum ordinatio Cameralis in meliorem redigeretur formam, placuit, etiam hac in re prouiſionem addere, et huius *poſſeſſionis litigioſae* conſtitutionem edere, cuius non alius fuit finis, quam vt *pax publica* in imperio Romano conſeruaretur et tumultibus praecaueretur.

Definitio huius remedii. §. III. Duplex itaque in hoc iudicio eſt procedendi modus: alter vbi iudex *ex officio*, alter vbi *ad inſtantium alterutrius partis* proceſſus decernit, et hoc fit vel *manutenendo* aliquem in poſſeſſione vel per *ſequeſtrationem* bonorum, de cuius poſſeſſione diſceptatur. Quare nouum momentum his, quae §. 1. *cap.* 2. commemoraui, addi poteſt, quod ſc. hoc iudicium ſit iuri ciuili incognitum, dum ius ciuile aeque ac ius canonicum regulariter damnet modum procedendi per ſequeſtrationem, nec facile ad eam deueniendum ſit. *l. vn. C. de probib. ſequeſtr.* et *c. ad hoc* 1. *X. de ſequeſtr. poſſ. et fructuum.* Vt autem huius remedii indoles eo clarius pateat, ſequentem praemittendam conſeo definitionem: Iudicium *poſſeſſorium ſummariiſſimum eſt remedium*

Digitized by Google

remedium extraordinarium retinendae poſſeſſionis, quo iudex vel proprio motu, vel ad petitionem partis, in caſu armorum de vtriusque partis poſſeſſione vel quaſi dubia, ſummatim cognoſcit et interloquitur, quoad iuſtus poſſeſſor in poſſeſſorio ordinario vel petitorio declaretur.

Quid in Camera inſtitutum requiras?

§. IV. Ceterum quoties hoc *poſſeſſorium* in Camera intentatur, praeter iam in definitione allata requiſita *immedietas* requiritur, cum Camerae iurisdictio in hoc caſu ſit *prima inſtantia immediatorum:* cum qua tamen vtique etiam concurrere arbitror *iudicium imperatoris aulicum.* Nec obſtat, quod in *§. fin. ordinationis Cameral.* Camerae tantum fiat mentio, quoniam hoc ipſo tantum *Auſtregae* excluduntur, neutiquam vero iudicium aulicum, quippe quod cum Camera concurrentem habet iurisdictionem, COCCEIVS *iurispr. publ. c.* 32. §. 2. inprimis cum idem in vtroque ſit procedendi modus, iuxta *art.* 5. *Pacis Oſnabr.* §. 56. Inde hoc moueri poſſet dubium, an hocce iudicium in *territoriis ſtatuum* ſibi locum vindicare poſſit, cum haec conſtitutio tantum in eum finem ſit facta, vt *pax publica totius imperii* ſeruaretur, et tumultibus huic paci contrariis praecaueretur? Verum quis non perſpicit, etiam ſingulorum dominorum territorii intereſſe, vt pacis huius conſeruatio in quolibet territorio attendatur? Accedit, quod expreſſe in legibus imperii cautum ſit, vt ſtatus imperii ſua reforment iudicia iuxta normam praeſcriptam in ordinatione Camerali. *Rec. deput. d. anno* 1600. §. *Dieweil aber* 15. *R. I. d. anno* 1654. §. *Es ſollen.* 137. PFANKVCH. *l.* 1. *cap.* 6. *n.* 38. et praeterea ſtatus imperii vigore legislatoriae poteſtatis illa, quae ſaluti reipublicae conducunt, in ſuis territoriis determinare queant. Vt itaque concludere liceat, iure meritoque hunc procedendi modum in tota Germania eſſe introductum, quod etiam praxi quotidiana corroboratur.

An recte a ſtatibus imperii introductum.

Termini conſtitutionis in quonam conſiſtant?

§. V. Cum autem *Cameralis ordinatio* huius remedii primaria norma ſit, vt dictum eſt, eius fines ante omnia ſunt ponderandi. Conſiſtunt vero illi termini conſtitutionis in eo potiſſimum, vt hocce remedium tantum in *caſu armorum* adhibeatur, id quod indigitatur verbis: *Und ſorgliche Empörung, Weiterung und Aufruhr, daraus zu beſorgen,* et in caſu *poſſeſſionis dubiae:* vnde rectiſſime reprehendit BERGERVS *in elect. proc. poſſ.* §. 4. CARPZOVIVM, quod exiſtimauerit, quod cauſa etiam *adipiſcendae* et *recuperandae* poſſeſſionis in *ſummariiſſimo* decidatur iudicio. Quodſi enim quis ab altero eſſet ſpoliatus poſſeſſione, et vellet hocce poſſeſſorium, quo id agit, vt in *praeſentiſſima poſſeſſione* defendatur, inſtituere, ipſum a limine iudicii repellendum putarem, cum omni poſſeſſione iam priuatus ſit. Vnde cautus aduocatus eſſe debet, ne in caſu *litigioſae poſſeſſionis* eiusmodi vtatur, verbis, ex quibus *ſpolium* magis, quam *turbatio* coniici poſſit, praeſertim ſi lis ſit inter immediatos et in Camera intentanda, quoniam ſecundum *part.* 2. *ord. Cam. t.* 8. §. 3. in cauſa *ſpolii ſimplicis* nulla concurrente pacis publicae violatione Camerae iurisdictio non fundata, ſed Auſtregis locus eſt. POSTIVS *dec.* 195. *n.* 5. PFANKVCH. *l. c.* Toties autem poſſeſſio cenſetur dubia, quoties vterque ſe poſſidere contendit, quod non poteſt euenire absque praeuiis actibus poſſeſſoriis, cum *turbatione* grauiori, vnde facile pax publica turbatur, coniunctis; quamdiu enim aliquis quiete poſſidet et alter turbationem tantum minatur, hocce iudicium non procedit, et partes potius ad ordinarium remedium remittendae ſunt, id quod non obſcure indigitatur verbis *Ordinationis Cameralis: Die Gewehr,* poſſeſſion *oder* quaſi *aus redlicher Anzeigung zweiffelich:* (vbi non praetereundum in edit. nouiſſima receſſuum imp. Moguntiae impreſſa ob minus recte poſitum ſignum commatis alium plane adpare-

quando poſſeſſio dubia dicatur?

re

Digitized by Google

re ſenſum, ſed mendum eſſe typographicum, ipſe contextus verborum ſatis manifeſto indicat.) PFANKVCH. *l.* I. *c.* 4. §. 15. quod adeo verum eſt, vt ne quidem ob *armorum periculum vanum* a iuris tramitibus iudex recedere valeat. POSTIVS *obſ.* 75. *n.* 28. Nec deſunt conſtitutiones provinciales, quae idem prudentiſſime conſtituerunt, et limites huius remedii ad hunc caſum reſtrinxerunt, vt omnis eius abuſus euitaretur. Sic Potentiſſimus Rex Boruſſiae ante aliquot annos hoc ipſum edicto ſuo ſanxiſſe, verba §. ſequent. adducta oſtendunt. Similiter Potentiſſimus Rex Magnae Britanniae GEORGIVS idem *in der Ober-Appellations-Ordnung d. anno* 1713. *part.* 2. *t.* 1. §. 5. conſtituit his verbis: *Nachdem einige Sachen ſind, darin den gemeinen Rechten und* praxi *nach, entweder gar keine* Adpellationes *ſtatt finden, oder dieſelbe nur* effectum deuolutivum *haben, als die* cauſae momentanei poſſeſſorii, *dabey* metus armorum *oder* violentiae *von beyden Seiten verhanden*, etc.

Confirmatur conſtitutionibus prouincial.

§. VI. Periculum armorum ita debet eſſe comparatum, vt *laeſio pacis publicae* inde metuenda, et iudex de eius compoſitione anxie ſollicitus eſſe debeat, ſiquidem verba: *ſorgliche Empörung, Weiterung und Aufruhr daraus zu beſorgen*, non de quouis metu vano armorum intelligenda veniunt, inprimis cum hocce remedium ſit admodum *exorbitans* et facile fieri poſſit, vt ſub *praetextu conſeruationis pacis publicae* alteri iniuria fiat. Hinc vix adprobari poteſt vſus huius iudicii ſummariiſſimi in Saxonia tam valde dilatatus, vt illud in quouis caſu, etiam vbi nullum armorum ſubeſt periculum, admittant. BERGER. *in el. pr. poſſ.* §. 3. E contrario Potentiſſimus Rex Boruſſiae ſaluberrime conſtituit, vt huius poſſeſſorii termini coarctentur, et nunquam niſi in *caſu armorum* vel *periculi in mora* conce-

Periculum armorum non vanum eſſe debet.

 datur.

Digitized by Google

datur. *Königliche Preußiſche Ordnung die Verbeſſerung des Iuſtiz-Weſens betreffend vom* 21. Iun. 1713. §. 39. his verbis: *Es giebt auch die Erfahrung, daß das* ſummariiſſimum *zuweilen ſehr gemißbrauchet, und bald das* nudum factum, *bald* Iuſtitia, *wie es dem Richter in Sinn kommt, vorgezogen, zuweilen auch* in cauſa ordinarii vel petitorii, ſententia in ſummariiſſimo *erfolgt. Weilen aber hinkünftig das* ſummariiſſimum *nur alsdenn, wenn* periculum armorum, *oder* in mora *obhanden, ſtatt haben, ſogleich aber* in vno termino *vor den, welcher die beſte* coloration *beybringet, abgethan, und darwieder kein* beneficium Iuris *admittiret werden ſoll; So haben unſere Richter dahin zu ſehen, daß dieſem nachgelebet, allemahl aber für den auch* in poſſeſſorio *geſprochen werde, deſſen* Iura petitorii *am meiſten in die Augen leuchten: Wann aber dieſe* Iura petitorii in actis *ſchon zur Genüge inſtruiret und* liquid *ſeyn, ſo iſt der Richter gehalten, ohngeacht* in poſſeſſorio *nur ſubmittiret, dennoch* in petitorio *zu ſprechen,* idque conſtitutioni de hoc poſſeſſorio conuenientius eſſe, ipſe agnoſcit BERGERVS *l. c.*

In hoc iudicio libellus non requiritur. §. VII. Conſtitutio noſtra praeterea requirit, vt cauſſa *ſummatim* ſine vllo proceſſu expediatur, idcirco nullo opus eſt *libello ſolemni*, ſed breui tantum ſupplicatione, in qua actor dicit, ſe eſſe in praeſentanea poſſeſſione, et praeſenti tempore actus exercuiſſe poſſeſſorios, ſed aduerſarium ipſum turbare, licet vim vi hactenus iure permittente repellere ſtuduerit, hinc ſe iudici ſupplicare, vt eidem omnes turbationes interdicat, et ſe in poſſeſſione *praeſentanea* tueatur. Quodſi inſuper aduerſarius per pignoris captionem proceſſit, petitio de *reſtitutione* rerum pignori captarum ſupplicationi nectenda eſt, ſicut etiam actori integrum, cautionem de non amplius turbando exigere, ſi fortaſſis aduer-

Digitized by Google

aduerſarius turbando continuaturus eſſet. Ex quibus elucet, exceptiones contra libellum alias opponi ſolitas minime admitti. conf. LVDOVICI *Einleitung zum Ciuil-Proceſs c.* 11. §. 2. vbi monet, exceptionem legitimationis omnino attendi debere, quoniam hac neglecta actus annullatur. *l. licet* 24. *C. de procurat.* et in omni iudicio quantumcunque ſummario perſona litigans plene debet eſſe legitimata, id quod ordinationi Camerali conueniens eſt, *p.* 2. *tit.* 12. §. *Und ſollen.* PFANKVCH. *l.* 2. *c.* 4. §. 42. quamuis non negandum, etiam alias exceptiones dilatorias pro ratione circumſtantiarum quandoque locum habere poſſe.

Hoc poſſeſſorium cuilibet datur detentori.

§. VIII. Cum autem in hocce poſſeſſorio non praeciſe requiratur, vt aliquis *poſſideat*, ſed tantum vt *in poſſeſſione* ſit, hinc merito concludo, illud etiam cuiuis dari *detentori*, ſiue ſit vſufructuarius ſiue ſit colonus, quoniam in hoc iudicio de *ſimplici ſtatu* et de eo conſeruando agitur, POSTIVS *obſ.* 42. *n.* 83. adeo vt non inquiratur, an alter ab altero poſſideat clam, vi vel precario, ſed etiam hoc modo poſſidens manuteneatur. IDEM *cit. l. n.* 118. Sufficit quoque poſſeſſio vnius hebdomadis et minime annuam probandam iudico, LVDOVICI *l. c.* quanquam patronus cauſſae in tranſmiſſione actorum ad Collegium Iuridicum cautus eſſe et contra Lipſienſia proteſtari debet, quoniam ſecundum BERGERVM annuam requiri poſſeſſionem affirmant. vid. *el. proc. poſſ.* §. 22. Neque tamen quorundam Dd. cautelam hoc in caſu pulcram dico ac ſolemnem, vti quondam MARANTA *ſpec. tit. de poſſ. et petit.* §. 1. cenſuit, videlicet, vt is, qui viribus potentior ſit altero, poſſeſſionem armata manu ingrediatur; ſiquidem talem parum aut nihil praeſidii exinde habiturum exiſtimo: alteri quippe pinguius adhuc remedium ſuppeditant leges, vt ſc. ex cauſa

qualis deſideretur poſſeſſio.

 ſpolii

Digitized by Google

ſpolii contra ipſum agere poſſit, vel condictione ex *l. ſi quis. 7. C. unde vi. Ord. Cam. Worm. tit.* 32. §. *und ob ſich.*

Supplicationem ſequitur mandatum. §. IX. Quodſi itaque actor ſupplicationem eo modo, quem §. 7. propoſui, iudici obtulerit, et ſtatim ſummarie *praeſentaneam* ſuam *poſſeſſionem* docuerit, id quod etiam fieri poteſt exhibito inſtrumento notarii, qui teſtes examinauit, ſimulque metum armorum aliudue periculum oſtenderit probabiliter, ipſe confeſtim *mandatum de non turbando* impetrabit, cui tamen plerumque clauſula iungi ſolet: *ſi preces veritate nitantur.* LVDOVICI *l. c.* §. 4. Iudex enim mandatum, vt effectum habeat, velle non praeſumitur, quoties ſubreptione circumuenitur, quinimo expreſſe conſtitutum legimus in *R. I. de anno* 1594. §. *dann auch* 77. in cauſis mandatorum exceptionem *ſub-et obreptionis* ſemper admitti debere. Obſeruandum autem, hanc exceptionem in primo termino ſtatim eſſe proponendam, iuxta *R. I. de anno* 1654. §. *belangend 76. ſqq.* et inſuper tam late patere, vt fere omnes exceptiones, quae in hoc iudicio opponi poſſunt, comprehendat, et hoc modo §. *adducta* 77. *R. I. de anno* 1594. intelligenda eſt, Sic e. gr. ſi is, qui coram Camera agere nequit, mandatum impetrauit in cauſſa *litigioſae poſſeſſionis*, reus opponere poteſt exceptionem ſub-et obreptionis. Idem namque eſſe puto, num dicas, Cameram hoc in caſu non eſſe iudicem competentem, an vero preces aduerſarii, quibus ſibi hoc remedium competere aſſerit, veritate non inniti, et mandatum ſub-et obreptitie impetratum eſſe, quoniam Camerae iurisdictio in tali caſu non eſt fundata.

Exceptio ſub-et obreptionis hic obiici poteſt.

De probatione in ſummariiſſimo. §. X. Probationem quod attinet, ea pari modo ac in ordinario ſcilicet per teſtes, documenta, atque iusiurandum per-

Digitized by Google

perfici poteſt, niſi quod in hoc *perfecta ſiue plena*, in illo vero vel *ſemiplena* ſufficiat, quoniam iudicium ſummariiſſimum nuda demonſtratione quali quali contentum eſt, BERGER *el. proc. poſſ.* §. 27. vnde etiam aduerſae parti communicari non ſolet. Quantum ad teſtes, diſputatur, *iuratine*, an *iniurati* eſſe debeant, quod ſecundum ius commune dubio caret, in quo nulli teſti, niſi iurato creditur, idque etiam in Camera in hoc iudicio obſeruari, teſtatur PFANKVCH. *l.* 2. *c.* 13. *n.* 2. *ſqq.* Imo affirmatiua hodie vbique fere inualuit. LVDOVICI *d. l.* §. 8. In Saxonia tamen, ob latiſſimum huius poſſeſſorii vſum, diſtinguere ſolent, an *periculum armorum* ſit praeſens nec ne, ita vt in *priori caſu* duos admittant iniuratos; in *poſteriori* vero etiam vnum iuratum ſufficere adſerant. BERGER. *in oecon. iur. l.* 4. *t.* 24. *p.* 1176. Contra teſtium perſonas vero reus excipere nequit, quanquam iudici integrum ſit, iudicare, an hic vel ille admittendus ſit, ea propter quoties actor perſpicit, reum ipſam poſſeſſionem eſſe negaturum, ſtatim rotulum teſtium exhibeat. Nam teſtes coram *iudice quocunque* vel etiam coram *Notario* examinari poſſunt, aduerſario quoque abſente et non citato, quoniam haec ſolennia ad *demonſtrationem talem*, qualis in hoc iudicio ſufficit, non neceſſaria ſunt, ex quibus adparet, *interrogatoria* in hoc quoque exulare iudicio, quoniam illa ſe habent inſtar exceptionum ad alterius articulos probatoriales, vti refert BERGERVS *l. c.* attamen Cameram ea recepiſſe in cauſſa *Speyer* contra *Pfaltz* autor eſt PFANKVCH. *l.* 2. *c.* 11. *n.* 21.

Teſtes debent eſſe iurati.

Exceptio contra teſtes non valet.

Nec interrogatoria locum habent.

§. XI. Inſtrumenta in hoc poſſeſſorio magis admittenda cenſeo, quam in ordinario, in quo ſaltim ea ad certum caſum reſtrinxi, ſi ſc. aduerſarius ipſe actorem poſſidere in illis confiteatur, quoniam in hoc ſummariiſſimo aliqua fides

Per inſtrumenta.

des et veri ſimilitudo ſuper poſſeſſione ſufficit, nec exacta deſideratur probatio; ea propter non dubitandum, quin aduerſarius ea recognoſcere teneatur. MEVIVS *part.* 4. *dec.* 293. LVDOVICI *cit. l.* §. 8. Neque de probatione per iuramentum aliud dicendum, quoniam nulla ratio obſtat, quo minus actor reo ſuper *poſſeſſione praeſentanea* deferat iuramentum, cui nullum inde metuendum eſt praeiudicium, ac ſi in plenario damnum ſentiret irreparabile; iuratur namque tantum de actu poſſeſſionis praeſentis, minime vero de iuſtitia eiusdem. conf. BERGER. *in el. pr. poſſ.* §. 31.

De reprobatione. §. XII. Quamuis autem §. X. adſeruerim, reum regulariter contra teſtes in hoc iudicio excipere non poſſe, dum illi ſaltim ad *informationem iudicis* recipiantur, et conuenientius ſit, prolixiorem proceſſum circa diſputationem de teſtium perſonis euitare, ſi iudex eam admittendi praegnantem non reperiat rationem, prout docet MEVIVS *P. III. dec.* 132. Attamen reo non denegatur, vt in primo quoque termino ſtatim teſtes producat, ſuamque poſſeſſionem demonſtret. Cum enim iudex tantum probabiliter informatus eſſe debeat, nihil impedimento eſt, quo minus ſententiam ferat, etiamſi alter non auditus fuerit contraria quadam demonſtratione; ſibi enim imputet, quod non in primo termino aeque probationem qualem qualem ſuae poſſeſſionis attulerit, quin imo LYNCKERVS 2. *dec.* 801. expreſſe negat, in poſſeſſorio ſummariiſſimo reprobationem admitti, vti refert BERGERVS *l. c. n.* 27. et non ſine admiratione addit, nihilominus Collegia iuridica ſaepiſſime reo contra-demonſtrationem permittere, idque in praxi fere inualuiſſe videtur, modo ante ſententiam hoc fiat, quod adeo verum eſt, vt reus ne quidem nullitatem allegare poſſit, teſte MEVIO *P. VI. dec.* 300. cuius verba integra referre e re erit: *Etſi,* inquit, *ordinaria reprobatio in ſummariiſſimo poſſeſſorio locum non habet, eius tamen loco contraria quaedam*

Digitized by Google

dam demonſtratio et ſummaria probatio, qualis actori permiſſa fuit, admittitur, ſicut et teſtium productorum falſitatem, contrarietatem, vilitatem, aliaque vitia demonſtrare licet; At non diutius quam ſententia ſuper atteſtatis non dicta ſit. Poſt illam talibus remediis non eſt locus, etſi illa per deductionem nullitatis impugnata ſit; tum quia non opus eſt iſtis ambagibus in iis, quae leuioris ſunt momenti; tum quia nulliter in eo non proceſſum, quod pronunciatum fuit, cum rei nihil allegarent, imo contumaces eſſent, ſed ſi quis eſt defectus, ex negligentia rei proceſſit, tum quod terminus probatorius fuit elapſus, tum quod nullitatis deductio contra ſententiam in iſto poſſeſſorio locum non habet, quia eſt ſaltem interlocutoria et quidem talis, cuius grauamen eſt in ordinario reparabile. Ideo non attenta nullitatis allegatione ſera, quae de reprobandis atteſtatis dicta ſunt, ad ordinarium poſſeſſorium remiſſa, interim quod in momentaneo ſuper atteſtatis pronunciatum remanet, quibus praeſumtio fidei et veritatis tamdiu adſtipulatur, donec aliud legitime demonſtratum ſit.

§. XIII. Probata poſſeſſione vel potius demonſtrata, iudex non moretur, ſententiam ferre, quae his verbis concipienda erit: *Daß Kläger (oder Beklagte) in der* poſſeſſione momentanea *der ſtreitigen Iagd-Gerechtigkeit ſo lange zu ſchützen, biß Beklagter* in poſſeſſorio ordinario *oder* petitorio *ein anders ausgeführt.* BERGER *in el. pr. poſſ.* §. 38. vbi rectiſſime reprehendit eam formulam pronunciandi: *Daß Kläger ſo lange bey der* poſſeſſ. vel quaſi *zu ſchützen, biß ein anders* in ordinario *ausgeführet.* Quodſi enim iudex per verbum: *Ordentlich* vtrumque intelligit et *ordinarium poſſeſſorium* et *petitorium*, minus accurate pronunciavit, quoniam petitorium non ſemper eſt *ordinarium*, ſed interdum *ſummarium*, imo executiuum: quodſi vero iudex ſolum petitorium ſignificare voluit, ſententia iterum ſubſiſtere nequit, ſed recte ab ea adpellatur, quoniam iudici **Sententia quomodo concipienda.**

 non

Digitized by Google

non eſt permiſſum, reum penitus a poſſeſſione excludere. conf. MEVIVS *p.* VII. *dec.* 20.

De interuentione. §. XIV. Haec ita ſe habent, ſi inter duos de poſſeſſione lis eſt. Sed quid ſi his contendentibus et pendente iudicio tertius interueniat, et neutrum, ſe vero, poſſidere affirmet, num haec interuentio admitti poteſt? Et ſane, ſi praeſupponamus, hocce iudicium non niſi in caſu *armorum* inſtitui, dicendum, tertium interuenientem ſententiam inter litigantes principales latam eiusque executionem non impedire, ob fauorem conſeruationis pacis publicae. Interim iudex interuenientem ad modum eius, qui in ſummario victus eſt, ad *ordinarium* remittere non debet, ſed iura in *momentaneo* reſeruanda ſunt, imo ſi ſententia nondum lata, cauſa in eo ſtatu, quo eſt, relinquenda, et interuenientem audiri aequitas ſuadet. MEVIVS *P. VII. dec.* 372. Niſi ipſe in continenti poſſeſſionem ſuam probare poſſit, vbi etiam poſt *ſententiam* latam admitti poteſt, quoniam ſi non ſtatim poſſeſſio probatur, colluſio et interueniens potius ab aduerſario ſubornatus ad impediendam *executionem* praeſumitur, idque etiam in ordinario poſſeſſorio iuris eſſe, docet IDEM *dec.* 371.

Ceſſat hic appellatio. §. XV. Ceterum hoc poſſeſſorium maxime in eo a reliquis remediis differt, quod ab eo non adpelletur, cum ratio dictet, hoc caſu ſtatim ad *executionem* eſſe deueniendum propter vrgens periculum, ſi executio differatur. POSTIVS *obſ. CVI. n.* 12. Et hoc reſpectu ſententia *definitiua* eſt, quoniam cauſa ad ordinarium ſtatim remittitur, alias ratione cauſae principalis interlocutoria potius dicenda LVDOVICI *Einleitung, l. c.* §. 12. idque etiam in Camera obſeruatur, *Rec. Viſ. de anno* 1568. §. *Als auch ferner* et praeiudiciis confirmatur a PFANKVCH. *l.* 2. *c.* 18. §. 23. *et* 24. conf. BERGER. *in oecon. iur. l.* 4. *t.* 30. *n.* 15. et *el. pr. poſſ.* §. 44. vbi elegans addit praeiudicium de *leuteratione* atque *adpellatione* in hoc iudicio non admiſſibili, cuius verba haec ſunt: *Die Leuterung betreffende, hat Beklagter darauf* in meritis

Digitized by Google

tis *ſich nicht eingelaſſen, ſondern* exceptionem inadmiſſibilitatis *vorgeſchützet. Alldieweil nun an einem Theil die gemeine Kayſerliche Rechte*, in l. vn ſi de moment. poſſ. *andern Theils die Churfürſtl. Brandenb. Proceß-Ordnung* c. 18. §. 6. *klare Maſſe geben, daß wieder die in* puncto poſſeſſorii ſummariiſſimi *geſprochenes Urtheil oder gegebenen Abſchied, keine* appellation *und Leuterung ſtatt habe, inmaſſen auch unter denen Fällen, ob ein* part *ſelbſt obiges* iudicium *angeſtellet, oder der* iudex *aus richterlichen Amt darauf gefallen, und ſein Erkäntnüß gerichtet, kein Unterſchied zu machen, in Erwegung, daß die eigentliche Urſache, warum dergleichen Recht geordnet, darin, damit obiges* ſummariiſſimum *ohne alle Weitläufftigkeit erörtert werden möge, beſtehet, dennach ſelbige ebenmäßig auf den andern Fall gar füglich zu erſtrecken, hiernächſt nicht auf die Gerechtſamkeit ſolchen Erkänntnüß, ſondern lediglich darauf, ob allein* in poſſeſſorio ſummariiſſimo *erkant, das Abſehen zu richten, andergeſtalt angezogene* iura *gäntzlich eludirt werden könten. So haben wir billig, inmaſſen in obigen unſern Urtheil enthalten, geſprochen.* Ita pronunciauit collegium Wittebergenſe Menſ. Octobr. 1697.

§. XVI. Et haec ſufficiant de *poſſeſſorio ſummariiſſimo* ſeu Concluſio. primo modo conſeruandi pacem publicam, omnesque praecauendi turbas, diſſeruiſſe; quod alterum attinet, per *ſequeſtrationem*, lectorem remitto ad ſaepe allegatum tractatum PFANKVCHII. Videamus tantummodo, quomodo aduocatus in vtroque proceſſu ſe gerere debeat, id quod diſcimus ex *R. I. d. anno* 1654. §. *zu dermahlen.* 96. vbi illis omnis prolixa legum atque doctorum interdicitur allegatio, quibus partium ſuarum poſſeſſionem tueri allaborant. Sed eheu! quoties contra hanc peccari videmus laudabilem conſtitutionem: ea propter his verbis huic meditationi finem impono:

Legibus egregiis fulget Germania noſtra,
Cura precor ſemper poſthac habeatur earum,

NOBILIS,

Ochſiadum praeclaro ſtemmate nate,
Quem *famae, generis, virtutis* gloria tangit,
Splendida doctorum doctus ſubſellia ſcandis.
Arboris vt gemmae iam praebent ore tenellos
Fructus et flores; ſic tu tener arte micabas:
Ingenio docili diuino munere pollens.
Dona Themis poliit, Tritonia dotibus auxit,
Nunc addit laurum, et Parnaſſi ad culmina ducit.
Gratus eras cunctis abiens, en gratior inde
Ad patrios properasque Lares, Tua tempora laura
Aonia cinctus. Sic Muſae frondibus ornant
Virtutem raram, ſtudium, exactumque laborem.
Vulneribus vincunt Mauortia caſtra ſequentes,
Illaeſas geſtant palmas Helicona colentes;
Pieridum in caſtris quis non hac luce triumphos
Euulgaſſe Tuos et ad aethera tollere geſtit?
Hancce Tibi largita Themis Parnaſſia ſortem eſt.
Gratulor hinc Patriae: Naiades murmure ſuaui
Plaudunt, exultant, Te *Doctoremque* ſalutant,
Amplexus pandunt, et carpunt mente Parentes
Gaudia. Grande decus Patriae es; Quin grande Tuaeque
Es gentis lumen. Veſtigia clara Parentis
Nunc ſequere, vt meritis illum quoque laudibus aeques:
Tunc Patria et patrios ſummos Tibi tradet honores.

Sic Nobiliſſimo et Doctiſſimo Domino Candidato Iohanni Sebaſtiano Ochſs *ſummos in vtroque iure honores rite capeſcenti gratulabundus accinere voluit*

IOHANNES FRIDERICUS ***STARCK,***
Eccleſiaſt. Moeno - Francofurt.

AD

AD VIRVM NOBILISSIMVM, DOCTISSIMVMQVE

DOMINVM

IOANNEM SEBASTIANVM *OCHSZ.*

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS DISPVTANTEM.

Προσφώνησις Gratulatoria.

En, quamuis iuuenis, doctrinae, laudis, honorum,
Summum conſcendis, Fautor amande, gradum.
Nempe excellentem tu Patrem imitare; virumque
Francouado eximium tu minitare tuo.

Francofurti ad Moenum 6. Cal. Sept. cIↄ Iↄcc xx.

PHILIPPVS IACOBVS SCHLEICHIVS,
Francofurtenſis.

Digitized by Google

EXERCITATIO XCI.

AD LIB. XLIII. PAND. TIT. XVI.

DE DEPRAVATO EXCEPTIONIS SPOLII STATV.

ARGVMENTVM.

I. Sanctiones Romanae aduerſus iniuſtam vim. II. Spolii notio iure nouo ad res mobiles et ad quamlibet iniquam priuationem producta. III. Spolium quid? IV. Actio ſpolii. V. Exceptionis Spolii origo. VI. Ius Romanum ex eo tantum remedia dat recuperandae poſſeſſionis. VII. Exceptio Spolii recedit a ratione dilatoriarum exceptionum, VIII. et ab ordine iuris, ſi actioni cuicunque in cauſis non connexis opponitur. IX. Vſu fori tamen recepta eſt. X. Incommoda eius in lite differenda. XI. Vtrum tamquam peremtoria opponatur? XII. Abuſus eius ex nimium extenſo ſpolii ſignificatu. XIII. XIV. De eius probatione indeque orta occaſione lites proferendi. XV. XVI. Effectus huius exceptionis. XVII. Exemplum incommodorum eius. XVIII. Iure Saxonico tantum poſt litem conteſtatam tamquam peremtoria opponi poteſt.

§. I.

Prooemium. DE ſpolii exceptione acturum ante omnia ſollicitum eſſe debere arbitror, vt, quid hac dictione ICti intelligant, paucis definiat. Verum id commode fieri nequit, niſi

Digitized by Google

niſi quis tempora antiquiora a recentioribus probe ſeiunxerit. Hoc enim facto apparebit demum, quam latos fines adiudicauerint nouiores huic vocabulo Iuris Canonici inprimis interpretes. Romani vetuſtiores *ſine vi* vix ſpolium fieri poſſe crediderunt; hinc LL. Iuliae *de vi publica et priuata* atque Praetorum interdicta *de vi et vi armata*, vt et *quod vi aut clam*, ſedem potiſſimum conſtituunt in iure Ciuili, vbi hoc argumentum a Digeſtorum et Codicis compilatoribus tractatum. Imperator autem IVSTINIANVS etiam *ſine vi* aliquem poſſeſſione deſtitui poſſe edixit, cum vel abſens fuerit vel id ignorauerit, cui tamen recuperandae poſſeſſionis interdictum nihilominus conceſſit, priſtino ita iuri derogans per *l. vlt. C. vnde vi* et *l. fin. C. de acquir. poſſeſſ.* quae duo fragmenta ad vnam e *L. deciſionibus*, quibus IVSTINIANVS Sabinianorum et Proculeianorum controuerſias in iure tollere e medio voluit, pertinuiſſe videntur. Directa fuit ad Ioannem, tunc praefectum praet. Illyrici. Ceterum deiectiones huiusmodi, quas nunc paſſim *ſpolia* vocant, Romae quondam admodum frequentes fuerant, eo inprimis tempore, quo Syllae Mariique armis forum et libertas obſidebantur ſimul, proſcriptionis inſuper tabula propoſita, ne quid malorum aeuo iſti deeſſet. Proſcriptorum autem aliorumque hac tempeſtate occiſorum bona maximam partem occupata fuiſſe ab eorum interfectoribus, VELLEIVS *lib. II. c.* 28. haud obſcure innuit, *quemque mercedem mortis ſuae factum fuiſſe* ſcribens; quem locum mallem doctiſſimi Velleii interpretes ſuis commentariis illuſtrare, iuris ratione habita, dignati fuiſſent. Sed in editione viri Celeb. PETRI BVRMANNI, qui omnes coniunctim edidit, nihil apparet, quod nobis vſui eſſe potuiſſet. Verum haec fata antiquis auctoribus fere communia, vt quae ad iura ſpectant, intacta in illis relinquantur. Velleio hac in re accedit OROSIVS, qui *lib. V. c.* 21. miſerandum tunc Romae ſtatum ita depingit: *ita*

liberas

Digitized by Google

liberae per vrbem caedes, percuſſoribus paſſim vagantibus, vt quemque vel ira vel praeda ſollicitabat, agitabantur. Factum hoc eſt anno V. C. 672. quo Sylla dictaturam arripuit; et hinc ratio et cauſa patent *legis Plautiae*, quae triennio poſt anno V. C. 675. M. Aemilio Lepido, Q. Luctatio Catulo Coſſ. a C. PLAVTIO, tribuno pl. rogata, quaeque prima contra vim ac deiectiones Romae lata fuiſſe videtur, SYLLA, auctore mali, paullo ante mortuo, *epit. Livii lib. XC.* Inter *alia* cautum in illa: *ne praedium, quod vi ab altero poſſeſſum ſit, vſucaperetur*, §. 3. *Inſt. de vſucap. l.* 33. §. 2. *ff. de vſurpat. et vſucap.* poſſeſſoribus, qui ſua amiſerant in bellis ciuilibus, ſpe ita conſeruata, ſua recuperandi aliquando, tranquillitate reducta, ſi *vſucapionis exceptio* aduerſariis eorum adimeretur. Plura de aliis legis huius capitibus exſtant apud SIGONIVM *de iudic. L. II. c.* 33. Eodem anno lata *lex Luctatia de vi*, Plautia lege ſeuerior adhuc, qua teſte CICERONE, *pro Coelio c.* 29. cautum: vt *de vi diebus etiam feſtis ludisque publicis quaereretur* [a]. Aliam legem *de vi* Iulius Caeſar tuliſſe dicitur, cuius neſcio an apud alium ſcriptorem antiquum mentio occurrat, praeter CICERONEM, qui *Philipp. I. c.* 9. eius meminit. Lata videtur paullo ante mortem eius, bello ciuili finito

a) B. HEINECCIVS leges Plautiam et Luctatiam pro vna habuit. *Antiq. Roman. lib. IV. tit.* 18. §. *66.* Sigonium in eo ſecutus, qui *lib. II. c.* 33. *de iud.* idem ſtatuerat. Verum in *Hiſtoria Iur. lib. I. c.* 3. §. *96. et* 100. vir, antiqui iuris peritiſſimus, illas iterum ſeiunxit; idque merito, cum a CICERONE, tanquam diuerſae leges, citentur. Quod autem putauerit D. Luctatio Catulo, et C. Mario IV. Coſſ. latam fuiſſe. h. e. A. V. C. DCL. veriſimile non videtur, cum ita antiquior lege Plautia fuiſſet, quae tamen viri beati ipſius iudicio, prima fuit, qua *de vi* actum eſt. Potius igitur iisdem Coſſ. lata, quibus lex Plautia, quo tempore Roma his legibus magis, quam vllo alio, indiguit.

Digitized by Google

finito, cuius occaſione ſine dubio plures ſuarum rerum poſſeſſione exciderant, ab aduerſarum partium hominibus occupata, quibus ita ſuccurrere voluit. An vero leges *de vi publica et priuata*, quarum tenor in Digeſtis exhibetur, IVLIVM CAESAREM habeant auctorem, an potius ab AVGVSTO latae fuerint? haud adeo expeditum eſt, et cum plura contineant, prorſus aliena a noſtro themate, neque opus eſt, hac inquiſitione diutius immorari. Cum autem illae poſtremae leges *criminalem* permitterent *perſecutionem*, accuſationesque huius generis inſcriptionis in crimen difficultati ſubiectae eſſent. Praetores, interdicto quodam, iniuſte poſſeſſione ſua deiectis ſubuenire, aequum conſuerunt; quod cum nullam ordinarii proceſſus formam expoſceret, ſed celerrime expediri poſſet, ſaluberrimum, centra violentiam ac temeritatem inuaſorum rerum alienarum, remedium eſt creditum; quod etiam dignum eſſe IVSTINIANVS arbitratus eſt, vt ſuo aeterno iuris corpori inſereretur.

§. II. Quamuis autem iure Rom. ille tantum *deiectus* dicatur, qui poſſeſſione rei immobilis aut iuris iniuſte priuatus eſt, *l.* 1. §. 3. *et* 4. *l.* 9. §. 1. *ff. de vi et vi armat.* BRVNNEMANN. *in Comment. ad ff. h. t. ad l.* 3. *n.* 11. isque ſolus interdicto: *vnde vi* vti potuerit, §. 6. *Inſt. de inderdict.* tamen ſecundum praxin noſtrorum tribunalium, et tunc *ſpolium* adeſſe dicimus, ſi quis rerum mobilium poſſeſſione iniuſte ab altero deſtitutus eſt; licet olim in eo caſu vel ex cauſa furti aut vi bonorum raptorum aut etiam ad exhibendum agi debuerit. *l.* 1. §. 6. *ff. de vi et vi arm.* Potuiſſe quidem iure Ciuili etiam nonnunquam actorem *interdicto vnde vi* vti, ad recuperandam rerum mobilium poſſeſſionem, illud conſtat ex cit. *l.* 1. §. 6. ſed ibi hoc reſtringitur ad eum caſum, ſi iſtae in fundo, vi ab altero occupato, tempore deiectionis fuerint, et ſic in hoc interdicto earum ratio non pri- *Quid ſpolium?*

Digitized by Google

primario, ſed tanquam *acceſſorii* rei immobilis habebatur; ſic enim Praetor cit. legis principio: *unde tu illum vi deieciſti, aut familia tua deiecit: de eo,* QVAEQVE *ille tunc ibi habuit etc.* vltima autem verba et inprimis particula TVNC probant ea, quae modo diximus, *vid.* §. 34. *l.* 1. *cit.* conf. MENOCHIVS *rem.* I. *recuper. poſſeſſ. num.* 39. *ſeqq.* Operae autem pretium eſſe puto, paucis inquirere in rationes, quare nouiores ICti hoc diſcrimen inter res *immobiles* et *mobiles* in cauſa ſpolii haud amplius obſeruandum eſſe putauerint. Duae ſe offerunt, quae ſigillatim a nobis expendendae ſunt. Primam eſſe duco rationem, quod poenae dupli, tripli aut quadrupli, furtis aut rapinis a Romanis ſtatutae, apud Germanos medio aeuo, vni parere principi adſuetos, plane fuerint incognitae. Apud hos enim omnes pecuniae poenales fiſco principum ſolent inferri, quod et in iudiciis publicis Romae factum pariter. Victor autem in cauſa, contentus ſatis eſt, ſi rem in litem deductam, cum ſumptibus in eandem factis, obtinere aut recuperare poſſit. Contra olim Romae haec emolumenta laeſis actoribus relinquere ſatius duxerunt; magiſtratibus quippe talia ſtipendia, a litigantibus, ne poſcentibus quidem, quibus tantae et dignitatis et poteſtatis honor pro ſalario erant; praeterea aerarium aere poenali non indigebat, orbe victo ac ſtipendiario facto. Hinc cum viderent ICti, actionem vi bonorum raptorum inſtitutam in Germanicis foris effectu deſtitui, actione ſpolii potius aut interdicto *vnde vi* agere maluerunt indiſcriminatim, ſiue rem mobilem ſiue immobilem, ablatam iniuſte, repeterent. Deinde ipſis diualibus imperatorum conſtitutionibus, iam hoc diſcrimen ex parte ſublatum eſt, eo caſu, quo quis rem ſuam, vel quam ſuam eſſe credidit, auſu temerario inuaſerat aut abſtulerat. Par enim poena dictatur, ſiue res ablata mobilis fuerit, ſiue fundus, amiſſio ſcilicet dominii rei ſuae, *l.* 3. *C. Theod. vnde vi.*

de vi. aliis licet verbis relata in *l. 7. C. vnde vi.* iuncta §. 1. *Inſtit. de bonis vi rapt.* et §. 6. *Inſt. de interdict.* Sed vtinam hac extenſione ICti contenti fuiſſent, nec quamuis *iniquam priuationem* alicuius rei ſtatim ad ſpolium retuliſſent; quo factum, vt citius aliquis alterum ſpoliare poſſit, quam ſe ſpolium committere intellexerit. Si quaeris: quaenam ratio ICtis fuerit, tam late extendendi remedium ſuum (ita enim vocant) ſpolii? paucis dico: *aequitas* fuit, quam ſectari voluerunt, licet iniquitatem conſecuti ſint, nolentes et propemodum neſcientes; interim tamen non malo exemplo ſibi viſi ſunt agere, quia pontificis Romani interpretatione egerunt. Apparet id exemplo relato in *c. 7. X. de reſtit. ſpol.* vbi ALEXANDER III. archiepiſcopum Cantuarienſem, inuerſo iuris ordine de facto procedentem, *ſpolium* commiſiſſe effatus eſt [b]); quum tamen dicendum fuiſſet, vel iudicem litem ſuam feciſſe, vel factum eius nulli-

 tatem

[b]) Silentio non praetereunda hic eſt *l. 6. C. de vi et vi arm.* qua, ſi recte eam DD. interpretati ſunt, ſpolium a iudice commiſſum iam prohibitum fuit. GAILIVS *lib. II. Obſeru. 76. n. 2.* Sed ſollicitius examinantes hanc legem, deprehendent, imperatorum relatam ibi ſententiam ac interpretum toto coelo diſcrepare. Spolium enim in *cit. l.* et eos committere dicitur, qui principis reſcripto impetrato aut iudicis obtenta ſententia, ſeipſos in poſſeſſionem rei alienae immittunt. Hinc non iudicibus poena minitatur, innocentibus quippe ſed ipſis temerariis inuaſoribus, iactura ſcilicet iuris ſui, verbis adpoſitis: *quod ſi praecepta noſtra implere neglexerint: omni negotio, de quo iurgare coeperant, priuabuntur.* Iudices autem, qui nihil iuris in re controuerſa habuerunt, nihil poſſunt amittere. Quod de colludio tutorum et curatorum etiam refertur ibi, pariter non ad iudices pertinet, ſed aduerſarios pupillorum, cum quibus nonnunquam tutores conſpirabant in pupillorum damnum, quod etiam optime obſeruauit BRVNNEMANN. *ad h. l.* Nullius ergo ſpolii, a iudice perpetrati, hic mentio, ſed id pontifici deberi, firmiter ſtatuimus.

Digitized by Google

tatem inducere. Mulierem a marito diuertentem ſpolium facere, dum ſeipſam ſubtrahit, idem papa *c.* 8. *cit. tit.* iudicat. INNOCENTIVS III. denique in *c.* 13. *X. h. t.* maritum vxorem ſuam ſpoliaſſe dicit, qui eam a ſe dimiſerat, ſine praeuio eccleſiae iudicio; prouocans ad auctoritatem LVCII III. qui ita pariter pronunciauit in *c.* 10. *X. tit. eod.* Plura adducere exempla, quae in iure Canonico paſſim obuia ſunt, ſuperuacaneum fore puto, cum ab aliis iam pridem haec ſparta ſaepius occupata fuerit. Interim hanc *ſpolii* extenſionem in fora admiſſam fuiſſe, haud magnopere mirandum, quum maior olim *iuris Canon.* fuerit auctoritas, quam iuris Romani, ante FRIDERICI Barbaroſſae tempora vetuſtate ſua propemodum abſumpti et tantum non in quibusdam Italiae vrbibus [c]) extremos trahentis ſpiritus. Romanorum autem pontificum et ſumma erat auctoritas, inprimis in Italia, Occidentali imperio deſtructo, et in eccleſiaſticis cauſis, quae quotidie maiorem ambitum ſortiebantur; ſola quoque apud illos ipſos populos, qui Romanas occupauerant prouincias armis, poſtea autem Chriſtianorum ſacris acceſſerant. Iam enim Romam exteri colebant, non quidem vt orbis dominam amplius, ſed vt fontem et matrem communem chriſtianae fidei, qua vniuerſam Europam, ingentibus exantlatis laboribus ac curis, feliciter

[c]) Longobardos, Italiae inuaſores, ius ciuile non eliminaſſe penitus, ſed vnicuique libertatem, quo iure viuere vellet, reliquiſſe, patet ex ipſa *Lege Longob. I.* 29. 2. *II.* 2. 1. Idem in Gallia ante eos Viſi-Gothi, Franci et Burgundiones veteribus incolis, quos Romanos vocant in legibus ſuis, indulſerant. Et hinc eſt, quod nonnunquam in epiſtolis Rom. pontificum aliisque VIII. et IX. ſeculi monumentis mentio iuris ciuilis occurrat, licet admodum raro. Repraeſentant loca talia paruas eo tempore tabulas, ex ingenti naufragio ſuperſtites.

Digitized by Google

liciter imbuerat. Hinc in cauſis eccleſiaſticis grauioribus Romanorum pontificum, tanquam ſupremorum arbitrorum, deciſiones et expetebant ſibi et anxie exſpectabant. Deciſiones autem tales in ignoratione iuris ciuilis, et ſeculares iudices arripuiſſe ſuasque ad eas compoſuiſſe ſententias et hiſtoria docet, et ipſa iuris praxis, quae hodienum ſeruatur in tribunalibus, loquitur.

Definitio ſpolii.

§ III. Cum in praecedente §pho expônere conatus ſim, quibus in caſibus iure ciuili ſpolium committi potuerit, et quomodo poſtea pontifices Rom. quorum veſtigiis interpretes iuris recentiores inhaeſerunt, illius fines dilataverint; iam vt de *definitione* vocis [d]) ſollicitus ſim, ordo tractationis poſtulat. Hic in mentem veniunt verba veteris ICti, a quo quis explicationem veterum in XII. Tabb. occurrentium vocum, quae tamen ſuo tempore iuris obſoleti et antiquati conſtituebant fragmenta, flagitauerat, apud A. GELLIVM *Noct. Att. lib. XVI. c. 10. ego ſtudium, ſcientiamque praeſtare debeo iuris et legum, vocumque earum, quibus vtimur.* Itaque omiſſa definitione, quae ſecundum iuris ciuil. principia debuiſſet formari, noſtri ſeculi potius, et iſtius quae iam in tribunalibus regnat, iurisprudentiae, rationem habendam ſtatui. Qualemcunque enim cenſuram mereri poſſit, facta haec ſpolii iure nouiori extenſio; tamen difficilior intellectu erit, ſi ipſum ſpolium definire neglexeris. Conſiſtit autem hoc *in iniqua priuatione poſſeſſionis vel*

[d]) Vox *Spolii* in iure notiſſima eſt, et inprímis praedicatur tum de his, quae latrones abſtulerunt *l. 31. depoſ. l. 26. §. 6. mand.* tum etiam de praeda hoſtium; verum in hoc *ſenſu ſpeciali,* quem ius Canonicum ei primario tribuit vix in iure Romano occurret. Quia tamen in genere *ablationem* vel *priuationem* deſignat, *l. 9. D. de donat. inter vir. et vxor. l. vlt. in f. C. de iurisdict. diu. iudic.* facile ad hanc ſignificationem ſpecialem haec vox in foro tracta eſt.

Digitized by Google

vel quaſi quomodocumque facta, vid. Dn PRAES. *Ius Prot. lib. II. tit. XIII.* §. 2.

De actione ſpolii.

§. IV. Spoliato ius ciuile interdictum *vnde vi* tribuit, contra eum, qui alienam poſſeſſionem rei immobilis, vel ipſe inuaſit, vel alios, vt ſuae violentiae inſtrumenta, adhibuit, vel etiam quod ſe inſcio, ſuo tamen nomine, per vim factum fuerat, approbauit, ad poſſeſſionem rei, iniuſte ſibi ademptam, cum omni cauſa recuperandam. Sed hoc interdictum contra ſolum deiicientem dabatur, contra heredes autem non magis quam contra tertium poſſeſſorem locum habere potuit. *l.* 7. *ff. de vi et vi arm.* Illi tantum actione in factum poterant conueniri, in quantum ex ſpolio ad eos peruenifſet, per *l.* 1. §. *vlt. ff. h. t. l.* 9. *ibid.* et *l.* 2. *C. vnde vi.* Ipſa enim interdicti verba, non heredem aut bonorum poſſeſſorem iugulant, ſed contra ipſum deiicientem concepta ſunt. Quare BRVNNEMANNVS *ad l.* 1. *n.* 34. *ff. de vi et vi arm.* minus recte ſcripſiſſe videtur, hoc interdictum contra heredem dari; cum tamen *l.* 1. §. *vlt. cit.* dicatur ſolummodo: ex cauſa huius interdicti actionem in factum contra heredem etc. dari, non ergo ipſum dabatur interdictum. Multum autem diſcrimen fuiſſe inter actiones et interdicta, id quidem Dn. PRAESES *de action. Sect. II. cap. IV.* §. 4. docuit, licet ſaepius ex interdictis cauſa ad ordinarium proceſſum deuenerit, quod erudite explicuit IANVS A COSTA *ad pr. Inſt. de interd.* Coeleſtinus III. tamen etiam tertium poſſeſſorem deiectionis conſcium, actione ſpolii conueniri poſſe cenſuit in *c. quia* 11. *X. de iudic.* Sed ius inter partes tantum haec decretalis tunc feciſſe videtur. Verum Innocentius III. praedeceſſoris ſui veſtigiis inhaerens, ita pariter pronunciauit in *c.* 2. *X. de ordine cogn.* Tandem idem pontifex in concilio generali Lateran. hanc actionem contra tertium m. f. poſſeſſorem ſemper conceſſit; iure ciuili, quod ſuo tempore in Italia

vbi-

Digitized by Google

vbique obtinebat, hac in quaeſtione abrogato, per *c. ſaepe.* 18. *X. de reſtit. ſpol.* Satis reſtrinxerat iuris peritiſſimus pontifex hanc extenſionem a ſe factam, ſed pragmaticorum natio neutiquam hic ſubſiſtendum eſſe cenſuit; inde ſi actio ſpolii contra tertium b. f. poſſeſſorem inſtituitur, i. e. ſpolii ignarum, commendant remedium *ex c. redintegranda. C. III. q. I.* quum tamen hic textus ſuppoſititius nihil, praeter ius commune Rom. contineat, illudque applicet. vid. Dom. Praeſidis *Ius Proteſt. lib. II. tit. XIII.* §. 2. et ZIEGLERI *diſſ. ad. c. redintegranda c.* 6. §. 4. Auctor gloſſae ad *c. ſaepe* praeterea *ex c. quia* 11. *X. de iudic.* agendum contra tertium, ſpolii ignarum, cenſet; ſed gloſſa huic textui adleuata longe aliud continet. En eius verba: *quod hic dicitur, intelligitur de illo ſucceſſore, qui* SCIENTER *occupauit rem alterius, quam ſciebat ad ſe non pertinere. Vnde quaſi in vitium ſucceſſit, ſicut ille, qui ſcienter rem recipit a deiecto-re, inf. de reſtit. ſpol. c. ſaepe contingit etc.* Sic gloſſam ſibi ipſi nonnunquam aduerſari apparet, quod cum non vnum auctorem habuerit, non adeo mirandum eſt. Interim erroneam *c. redintegranda* interpretationem et noſtris temporibus in foro triumphare fatendum et dolendum eſt. Quid autem *de ſpolii exceptione*, tam decantata in foro hodie, ſtatuendum erit? num hanc praetores reis dederunt, nec ne? non dubitamus, quin Latium eandem, vti nunc exiſtit, penitus ignorauerit. Omnem tamen vſum negare, ſine dubio temerarium foret, quem tunc adfuiſſe veriſimile eſt, ſi ipſe inuaſor rei alienae deiectum in iudicio conuenire voluerit eorum cauſa, quae tanquam acceſſoria ad rem principalem, a ſe occupatam, pertinuerint, quaeque ſpoliatus adhuc penes ſe retinuerit. Tunc ſpoliatus ſeu deiectus, exceptione ſpolii obiecta tanquam peremptoria ac litis ingreſſum impediente, ab actore intentatam ſibi actionem ſubruere ac euertere potuit; quod ex generali regula,

Digitized by Google

gula, de exceptionibus tradita, colligo *in l.* 156. *ff. de Reg. Iur. cui damus actiones; eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit.*

Exceptio ſpolii quomodo extenſa?

§. V. Ex modo dictis vero liquet, iure ciu. hanc exceptionem ordinarios et, ſi ita loqui fas eſt, naturales ſuos limites minime exceſſiſſe. Verum Rom. pontifices iſtam ita dilatarunt, vt ſecundum eorum tradita nulli non actioni a reis, ſpolium ab aduerſario paſſis, in modum dilatoriae exceptionis, obiici queat; licet actio inſtituta plane nullum cum ſpolio nexum habeat. Ita egregie ſe iuſtitiae litaſſe crediderunt illi, cui tamen, ſi quid intelligimus, hac ipſa exceptionis extenſione haud leuem cladem intuliſſe videntur, qua de re in ſeqq. §. fuſius agemus. Haud alienum eſſe puto, ſi paullo curatius expoſuero fata huius exceptionis et ſacrae in foro regulae: *ſpoliatum ante omnia reſtituendum*, inueſtigandis originibus aliquid chartae dedero. Videntur ICti temporum medii aeui illorum, quibus barbaries regnum quaſi proprium ſibi condiderat, infelici Themide hanc extenſionem exceptionis ſpolii in cerebro ſuo concepiſſe, ac in lucem emiſiſſe. Priuatorum Doctorum opinio initio tantum fuerat; ſed Innocentius III. iuris pontificii non vltimus conditor, per *c.* 2. *X. de ordin. cogn.* eam mox et ſuam et legitimam reddidit, vid. etiam gloſſa ad cit. text. ad verbum: *exceptionis*. Auctorem facere iſtum pontificem ideo non audemus, quoniam in allegato cap. de hac exceptione, vt iam ſatis nota, loquitur. Gregorius IX. *in c. fin. X. eod. tit.* neſcio, quae priuilegia huic exceptioni tribuit, ſic enim ait: *cum reſtitutionis petitio in hoc priuilegiata noſcatur, vt ipſam intentans non cogatur ante reſtitutionem ſpoliatoribus reſpondere.* Sed quis quaeſo priuilegiis talibus hanc exceptionem inſtruxit? Prouocant interpretes ad textus in Decreto obuios ſcilicet *c.* 2. *cum ſqq. C. III. q.* 2. vbi negatur, epiſcopum ſpoliatum

ante

Digitized by Google

ante reſtitutionem plenarie factam, poſſe a quoquam (ergo nec a tertio, ad ſpolium plane nil cooperante) conueniri. Verum omnes hos textus, ex epiſtolis ab ISIDORO Mercatore collectis, excerptos, ſuppoſititios eſſe, eruditi non ignorant. An ergo iſtae hominis male ſani quisquiliae cum iure ciuili conueniant, an vero diſcrepent? ICtis perinde eſſe poteſt; cum auctor incertus ante VIII. ſeculi initium non deliraſſe videatur; quo aeuo ius ciuile in occidente parum cognitum erat. Et pridem ſine dubio periiſſet partus hic adulterinus, niſi Nicolaus I. pontifex max. eius in ſe tutelam ſuſcepiſſet; aula Romana tunc magis id quod vtile eſſet, quam quod verum, perſcrutante. conf. STEPH. BALVZII *praefatio ad Reginon.* vbi vir doctiſſimus ea animi libertate, digna BALVZIO, hiſtoriam collectionis Iſidorianae proſecutus eſt. Hinc non mirandum, ſi obſcuris illis ſeculis et in canonum collectiones haec nauſeam mouens farrago irrepſerit, ac cum illis, iam ſine difficultate, in fora ac iudicia penetrauerit. Ex his igitur ſatis inquinatis fontibus nobiliſſima illa *exceptio ſpolii*, qua hodie fruimur, deriuari debet, qua propemodum effectum, vt iuſtitia in ipſo iure apud nos exulet. Denique Innocentius IV. ſtatuit in Concilio Lugdunenſi anno MCCXLV. illam exceptionem a ſpoliato, criminaliter accuſato etiam tertio, opponi poſſe, dummodo iſte vel omnia bona vel maximam eorum partem per ſpolium amiſerit, vid. *c. frequens. de reſtit. ſpol. in VIto.* conferatur quoque gloſſa *ad. c.* 2. *X. de ordin. cognit.* act. verba: *non cogatur.*

§. VI. Forte etiam pontifices, exceptionem ſpolii tam late extendentes et, vt ita dicam, irregularitatis donantes priuilegio, in iuris ciu. ſanctiones oculos retorſerunt, quod ſpoliatori reſtitutionem rerum ablatarum abſciſſe iniungit. Haec namque omnium magiſtratuum ſunt officia, quae iura naturae et ſana ratio dictitant, vt, dum tranquillita- *Iuris ciu. de reſtitutione ſpoliati diſpoſitio.*

tis vniuerſae reipublicae curam gerunt, ſingulorum ſecuritatem tueantur. In ſtatu naturali, quem rerum ignari a ſuarum cupiditatum feruore aeſtuantes, feliciſſimum fuiſſe ſibi fingunt, illa obtineri non facile potuit, fortiore vi ſemper debiliorem opprimente; idque impune, cum nemo adeſſet, cuius auctoritate ac imperio potuiſſent violentiae prohiberi. THVCYDIDES *lib. I. de bello Peloponeſ.* hominum veteris Graeciae et adiacentium inſularum conditionem ita depingit, vt quivis facili negotio inde colligere poſſit: Hobbeſiana dogmata de bello omnium contra omnes, tunc ita in vſu fuiſſe, ac ſi mortales in ſchola iſtius educati eſſent. Verum ad haec euitanda vitae ac fortunarum diſcrimina, homines in maiores coaluiſſe respublicas, idem ſcriptor prodidit. Sed euerteretur manifeſte hic primarius reipublicae alicuius finis, ſi poſtliminio quaſi priuata violentia reduceretur, magiſtratuum ac imperantium neglectu. Quod malum et, quae illud conſequi ſolent, pericula ipſi ſtatui interitum minitantia, Populus Rom. vt e ſua eliminaretur republica, omni aeuo ſummopere ſtuduit. Probant illud tot leges contra vim latae, quarum mentio §. 1. facta. Neque haec prouidentia pro inani debet haberi, cum libertas ſemper licentiam prouocet, metuendam Romae, etiamſi nullis ciuilibus turbis exagitata fuiſſet. Quare minime mirandum, etiam ab imperatoribus tot conſtitutiones violentiae priuatorum oppoſitas fuiſſe, quarum veneranda fragmenta vterque Codex conſeruant. Obſeruandum praeterea, non tantum interdicto *vnde vi,* vti potuiſſe re immobili ſpoliatum, verum etiam inſtituere actionem ex L. Iulia de vi publica aut priuata. Illud enim deiecto tantum poſſeſſionem rei amiſſae et reparationem damnorum dabat, ſed ex legibus Iuliis criminaliter ad ſatisfactionem publicam agebatur. Non autem *vis* tantum facta dicebatur, ſi quis armis aut maiori

maiori violentia rerum, quae ab altero tenebantur, poſſeſſionem occupaſſet; verum ſufficere creditum, ſi, inuito altero, ſine iudicis ſententia, id priuato auſu fuiſſet factum; quod ex decreto M. Antonini, relato *in l.* 13. *ff. quod metus cauſa etc.* et repetito *in l. penult. ff. ad L. Iul. de vi priu.* conſtat, quo etiam crediti amiſſio dictatur ei, qui a debitore inuito, debitum quocunque modo extorſerit, ſibique ipſi ita ius dixerit. Refert CASSIODORVS *lib. IX. Varior.* hanc legem, cum ſuo tempore obliuione ſepulta et extra vſum fori fuiſſet, ATHALARICI, Oſtro-Gothorum regis edicto, iterum fuiſſe renouatam. Ceterum reſtitutione ex interdicto *vnde vi* poſtulata et probata deiectione, ſimpliciter ac ſine omni dilationis mora, ſpoliatus amiſſam rei poſſeſſionem recuperabat, nulla exceptione aduerſarii admiſſa e. g. dominii etc. quod ſub imperatoribus ſeuerius obſeruatum eſt, quam in republica ipſa, libera adhuc. Inprimis notari merentur verba ex Conſtantiniana conſtitutione, relata *l.* 7. *C. ad L. Iul. de vi publ. et priu. quod ſi omiſſa interpellatione vim poſſidenti intulerit*, ante omnia *violentiae cauſam examinari praecipimus, et in ea requiri, quis ad quem peruenerit poſſidentem: vt ei, quem conſtiterit expulſum, amiſſae poſſeſſionis iura reparentur: eademque* protinus *reſtituta*, (*ſi criminalis quaeſtio agitetur*) *violentus poenae non immerito deſtinatus in totius litis terminum differatur etc.* Clarius adhuc loquitur Iuſtinianus §. 6. *Inſtit. de interdict.* ſpoliato reſtitutionem promittens, licet is ab eo, qui deiecit, vi, clam vel precario poſſederit [e]).

 Has

[e]) Sed olim ius contrarium obtinuiſſe videtur. Nam in lege THORIA *agraria* cuius duo fragmenta inſignia CAROL. SIGONIVS *de antiq. Iure Ital. lib. II. c.* 2. eruit, reſtitutio deiecto non aliter promittitur, quam ſi *neque vi, neque clam, neque precario poſſederit ab eo, qui eum ea poſſeſſione vi eiecerat.* Etiam PAVLLVS *lib. V. ſentent.*

Has ſanctiones ALEXANDER III. in mente habuiſſe videtur, dum in *c.* 5. *X. de reſtit. ſpol.* ait: praedonem etiam ſecundum rigorem iuris reſtituendum eſſe.

§. VII. Ex illis, quae §. *praecedente* tradidi, non obſcurum eſt: ius ciuile actioni ſpolii tantum, ſeu interdicto *vnde vi* fauiſſe, vt reſtitutio reo ſimpliciter a iudice fuerit iniuncta, nec iſte rei exceptionibus, vt dominii, ſpolii praecedentis aut poſſeſſionis clandeſtinae, locum dare potuerit; idque ad cohibendam omnem violentiam priuatam, qua legum ac ſummorum magiſtratuum maieſtas oblique impetitur ac euertitur. Egregie haec probant verba CICERONIS *pro Caecina: P. Dolabella praetor interdixit, vt eſt conſuetudo, de vi hominibus armatis,* SINE VLLA EXCEPTIONE, *tantum vt, vnde deieciſſet, reſtitueret.* Tam praeclaros autem effectus a Romanis *exceptioni ſpolii* tributos fuiſſe, quales ei ius Canonicum vindicat, nullibi in hoc iure legitur; verum, vt ceterae exceptiones, ſi cum cauſa in iudicium deducta cohaeret, tantum admiſſa videtur, vti iam ſupra §. 4. declaratum eſt. Omnis enim exceptio ſanae rationi conformis eſſe debet, ipſamque iuſtitiam promouere, non impedire aut plane deſtruere. Vltimum tamen ſaepius accidit, dum cuicunque actioni, a ſpoliatore contra ſpoliatum motae, ſpolii exceptionem opponi poſſe,

ſentent. tit. VI. §. 7. ſcribit: *qui vi, aut clam, aut precario poſſidet, ab aduerſario impune deiicitur.* Verum cum Paulli Sententias integras ac incorruptas non habeamus, dubium valde eſt, an ad L. Thoriae tenorem reſpexerit? Plures hic PAVLLI locus exercuit, inter quos EMVND. MERILLIVS eſt, cuius conciliationem tentatam videbis in eius *not. ad* §. 6. *Inſtit. de interd.* Vim vi repellere licuiſſe, atque eum qui me armis deiecerat, iterum a me potuiſſe deiici impune; etiam ex iure Iuſtinianeo patet *l.* 3. §. 9. *ff. de vi et vi arm. et l.* 17. *cod. tit.* dummodo alterum *in continenti* deieciſſem, non autem ex intervallo. Nam in vltimo caſu iuri Inſtitutionum locus erat omnino.

Digitized by Google

poſſe, pontifices permiſerunt; quod inferius magis demonſtrabo. Vt eo facilius de huius aſſertionis veritate conſtare poſſit lectoribus, pauca praemittere placet, quae exceptionum in iure ciuili occurrentium rationem, quae in illarum fine conſiſtit, exponunt; quae licet tralatitia ſint, tamen cum inde pateſcere poſſit exceptionis ſpolii hodiernae iniquitas, et ſic haec probationi noſtrae ſententiae haud parum inſeruiant, huc inſerenda eſſe duximus. Igitur exceptiones quaedam vel litem tantum differunt; hinc *temporalium* aut *dilatoriarum* nomine veniunt; aut actoris intentionem penitus euertunt, quas *perpetuas* ſiue *peremtorias* iura vocant. §. 8. *Inſtit. de except. l.* 3. *ff. eod. tit.* quia, ſi oppoſitae ac probatae a reo ſunt, efficiunt, vt actio inſtituta plane et in perpetuum extinguatur, reusque abſolutoriam ſententiam obtineat. Iſtae quae litis conteſtationem morantur, vel contra ipſum directae ſunt IVDICIVM, vt e. gr. *fori incompetentis*, cum iudici, extra territorium ius dicenti, impune non pareatur, *l. vlt. ff. de iurisdict.* item *fori non tuti, primae inſtantiae, praeuentionis etc.* vel perſonam IVDICIS propius tangunt, vt *iudicis ſuſpecti.* Aliae perſonae ACTORIS obiiciuntur, vt *legitimationis ad cauſam*, vel ſi eius nomine procurator agit, qui procuratorio vel mandato non inſtructus eſt, ei opponitur exceptio *legitimationis ad proceſſum*, aut ſi actus maioris praeiudicii a procuratore expediendus, qui tamen in procuratorio non expreſſus eſt, *exceptio deficientis mandati ſufficientis* ei obſtat. Quae exceptiones eo magis neceſſariae ſunt, quum alioquin totum iudicium inane redderetur, ſiue vt practici loqui amant, proceſſus vitio inſanabili laboraret. Praeterea cum neque minor, foemina, miles aut clericus pro aliis regulariter poſſint agere, talibus perſonis *inhabilitatis* exceptio iure opponeretur. Si actor bonis immobilibus deſtitutus eſt, ei metuenda exceptio *cautionis ob expenſas et*

reconuentionem etc. Porro de iure Canonico actori aeque ac aduocato obiici poteſt exceptio *excommunicationis* per *c.* 2. *et* 12. *X. de except.* ratio tamen in vltimo textu a pontifice adducta, ſatis lepida eſt: *ne quisquam in periculum animae ſuae excommunicato communicare cogatur*, quaſi rei animae periculum a diabolo immineat, ſi actori id, quod iure naturali et ciuili debet, praeſtare cogitur. Igitur eam euangelici merito reprobant, Dn. PRAES. *in iure Prot. T. I. lib. II. tit.* 25. §. 4. et bene in eo faciunt, cum plerumque aeque abſurda ſit ac noſtra ſpolii exceptio. Tunc tamen vſum huius exceptionis admittendum ſtatuo, ſi cauſa religionem propius tangit, e. gr. ſi ei obiicitur, qui per errorem in epiſcopum electus eſt, ad ita impediendam confirmationem electi et infirmandam electionem, quae contra canones illegitime facta eſt. Porro aliae exceptiones ORDINI PROCESSVS obmouentur, vt *termini nimis anguſti*, vt et *libelli inepti et obſcuri* quomodo enim reſpondere reus poterit ad aduerſarii poſtulata, qui non intelligit, quid, quale aut quantum ab eodem petatur? Sed quorſum haec omnia? vt appareat, exceptionem ſpolii, ſpoliatori, qui actionem cum ſpolio plane non cohaerentem contra ſpoliatum inſtituit, oppoſitam, et rationi proceſſus haud conformem eſſe, et aequitati repugnare. Nam tunc neque iudicium tangit, nec iudicis aut actoris perſonam vel etiam ipſum iudiciarium ordinem, aut merita cauſſae; ſed conſideranda inter exceptiones tanquam ignis fatuus, a iuſtitiae tramite abducens.

Cauſae inter ſe diuerſae in iudicio ſeparatim proponendae.

§. VIII. Quo facto *exceptio ſpolii* tam latos limites ab interpretibus iuris ac ſummis pontificibus acceperit, in *praecedentibus* §§. expoſitum eſt; pariterque annotatum, a iuris ciuilis rationibus, ſeruatis in exceptionibus ceteris, hanc extenſionem factam abhorrere. Nam iura diuerſa, nec plane ſe contingentia, quae actor et reus habebant inuicem,

Digitized by Google

cem, non aliter in iudicium deduci, patiebantur Romani, quam diuerſis ab vtraque parte inſtitutis actionibus; quarum illa, quae prior proponebatur, *conuentio*, altera vero a reo coram eodem iudice propoſita *reconuentio* vocabatur. Nam ſi illud diſcrimen neglectum fuiſſet, facultate reis conceſſa, quaelibet ex aliis contractibus aut negotiis debita per modum *exceptionis* liti cuicunque intermiſcere, ac ab actore repetere, ſumma inde *confuſio* neceſſario in *ordine iudiciario* ſeu proceſſu oriri debuiſſet; medium ſatis idoneum ad procurandam litibus aeternitatem; quod malum tamen, quo hodie vniuerſa ferme Germania premitur, *Romanis antiquis* erat incognitum, imo odioſum. Iuuabit exemplo docere iniquitatem exceptionis ſpolii, in alia cauſa oppoſitae: finge Antonium Titii hortum ſine vlla alia, ſi meam exceperis, auctoritate occupaſſe, quumque actione mutui contra eum experiri velim, Titium allegata *ſpolii exceptione*, litis conteſtationem in mea actione detrectare. Cuique facile eſt ad intelligendum, in tali caſu me loqui de alliis, et Titium de cepis reſpondere; quod ſine dubio abſonum, licet quotidianum ſit in foris noſtris. Et, quod magis eſt, finge, rurſus eundem Antonium, per varia intervalla deinceps plures actiones, reales vel perſonales ſeparatim inſtituere, ſemper hac eadem exceptione reus contra omnes vtitur, ſeque a litis conteſtatione liberat.

§. IX. Iuris Canonici tamen auctoritas tanta fuit, vt haec de ſpolio doctrina, in illo fundata, ac defenſa, omnia Europae tribunalia occupauerit, quae eam tanquam legitimam, aliquot ſeculorum accedente vſu, ad noſtram vsque aetatem propagarunt. Quamobrem minime mirandum, quod diuerſiſſimarum terrarum ICti, vt Galli, Germani, Belgae, Hiſpani ac Itali hunc de ſpolio titulum ad vnam eandemque normam exegerint, quum ex fonte communi, turbido licet, ſua hauſerint, iure ſcilicet pontificio; quod ſi a iure

Ius Canon tamen in ea re communiter receptum.

Digitized by Google

a iure ciuili diuerſa ſtatuit, illi praeferendum eſſe, tantum non omnes defendunt. Parum etiam fuerunt ſolliciti, num ſummi pontifices aliquid ſanxerint, a iure vetere atque iuſtitia etiam naturali pariter alienum? talem enim disquiſitionem aut nimis friuolam et ſacrilegio proximam crediderunt, vel parum vtilem fore ſenſerunt; pontifice Romano contraria de ſpolio eiusque exceptione nihilominus ſentiente, iniqua licet. Nemo igitur a nobis exſpectabit hoc loco catalogum particularium regni aut reipublicae cuiusvis legum, hunc iuris articulum concernentium: quum talis labor maximam partem inanis foret ideo, quia ius Canon. vbique et olim viguit et viget etiam hodie. In illis tamen regionibus, vbi, mutatis ſacris, huius iuris auctoritas haud exiguum decrementum ſenſit, placita tamen illius de ſpolii exceptione hactenus retenta fuiſſe, mirandum eſt. Sed errores, antiquitate ſua venerabiles, ac praeterea a toto Imperio Germ. vt leges agniti, non tam facile emendationem admittunt. Hinc paſſim in ordinationibus proceſſualibus principum euangelicorum firmatur, vt in Saxo-Gothana de anno 1670. *part. I. cap.* 2. §. 9. cuius verba ſunt; *ſo iſt auch derienige, ſo* exceptionem ſpolii *vorzuwenden, auf die angeſtellte Klage* litem *zu conteſtiren, nicht ſchuldig.* Sic etiam a Saxoniae electoribus Auguſto *in Conſt. VI. part. I. et* Ioh. Georgio I. *in ordin. proceſſ. tit. XI.* §. 5. ſancitum legimus; quibus diſcere poſſumus, iuris Romani aequam de exceptione hac diſpoſitionem a Proteſtantibus minime receptam fuiſſe.

Quae ex hac exceptione orta fuerint incommoda?

§. X. Quanta vero mala in ordinem iudiciarium, qui vulgo *proceſſus* dicitur, haec exceptio intulerit, vix effari poteſt. Cum enim quaelibet exceptio ita comparata eſſe debeat, vt reos defendat tantum, contra actorum iniqua aequis in ſua actione ſaepe miſcentium, poſtulationes immodicas, ne alioquin ab his ſummo iure h. e. ſumma iniuria

ria opprimantur, *princ. Inſtit. de except.* ſpolii exceptio potius, ſi eam ſecundum hodierna iura aeſtimaueris, inuenta videtur, ad ſubruendum optimum etiam ius actorum, et ad fouendam atque protegendam nequiſſimorum hominum, qui conueniuntur, malitiam. Iam enim cuicunque actioni, quam plane non contingit, vt *dilatoria* opponi poteſt, per *c.* 2. *et vlt. X. de ord. cognit.* quos textus ſuperius §. 5. examinauimus; oppoſita autem efficit, vt reus litem conteſtari non teneatur, ante *reſtitutionem plenariam* i. e. rei ablatae cum omni cauſa, ſeu fructibus a ſpoliatore perceptis et quae, ſi ipſe excipiens de ſpolio poſſediſſet, potuiſſet inde percipere, adeo vt ſi aliquid adhuc, licet pauxillum, ſuperſit, quod haud reſtitutum *plenarie*, ſemper ſe contra vlteriorem progreſſum omnium actionum inſtitutarum tueri poſſit iniquus reus, vt ita ex hac exceptione, quae praeterea ex iure canonico fingi vel haberi facile poteſt, ingens lucrum habeat et poteſtatem omnes retardandi actiones optime fundatas. Licet etiam per Rec. Imp. de an. 1570. §. 89. et nouiſſimum de an. 1654. §. 37. et 40. reus iubeatur exceptionibus dilatoriis, in primo termino coniunctim proferendis, ſtatim litis conteſtationem ſubiungere, tamen exceptione ſpolii allegata, haec euentualis litis conteſtatio intermitti poteſt impune; Dn. BERGER *in elect. diſcept. for. Tit. II. p.* 359. *n.* 4. petitionem vero ſuam tunc ita formare debet: *daſs, ehe und bevor Klaeger ihm das* quaeſtionirte ſpolium reſtituiret, *er Beklagter mit ihm in dieſer Sache ſich einzulaſſen nicht ſchuldig*, vid. B. GRIBNERI *princip. proceſſ. lib. I. c.* 2. *Sect.* 5. §. 10. *not. e.* et quae ibi circa hanc petendi formulam diſputat. Sed quid, ſi ſpolium allegans illud probare poſtea nequiuerit? quaeſtio haec diſtinctius excutienda eſt, de qua infra §. 13. meam dicam ſententiam. Ex his itaque quae hactenus attulimus, liquet, actori, qui ſpoliauit reum, rebus quantiuis pretii aut poſſeſſione, nullam

Digitized by Google

magis pertimeſcendam exceptionem, quam quae ex facto eius illegitimo ſolet oriri. Nam ſi contingeret, illum viginti cauſas diuerſiſſimas contra ſpoliatum habere, ob quas ſingulas in iure daretur actio, reus tamen in aeternum litis conteſtationem in omnibus poterit euitare, dummodo hac exceptione munitus ſit. Sed dicis: in odium ſpoliatorum haec non inique ſancita, qui ſibi imputare debent, quod alterum temere ac peſſimo exemplo deiecerint; praeterea culpae eorum attribuendam dilationem litium ſuarum, quod ſpoliatum non continuo reſtituerint. Verum reſpondeo, ſicuti hodie fere nihil facilius, quam ſpoliare alterum, vel ex quouis facto ſpolium exſculpere, propemodum contra ſpoliantis voluntatem; ita reſtitutio hoc modo propoſita non aeque facile fieri poteſt, etiamſi eam alter facere paratus eſſet, ob difficultates inferius indicandas.

§. XI. Deinde hanc exceptionem tam *dilatoriae* naturam, quam *peremtoriae* habere DD. practici defendunt, ac ita inferunt, non tantum ante lit. conteſtationem eam poſſe opponi, verum etiam poſtea, dummodo id ante ſententiam fiat. BERLICH. *P. I. concl. XXI. n. 75.* Haec autem opinio ſi vera eſt, vti veritatis ſpeciem vſus hodiernus ei conciliat, actorum iura in omni parte proceſſus morabitur. Nam tribus verbis: *a te ſpoliatus ſum*, reus actoris intentionem in omnibus cauſſis eludere facile poterit, etiam ſi is ipſam *actionem ſpolii* iam antea inſtituiſſet, per *c.* 2. et *fin. X. de ordin. cognit.* Qui peremptoriae virtutem ſpolii exceptioni vindicant prouocare ſolent ad *Clem. vnic. de cauſſa poſſeſſ. et propriet.* Sed, niſi me omnia fallunt, admiſit tantum pontifex hanc exceptionem [f]) poſt litis conteſta-

[f]) Imo tota haec Clementina plane de *exceptione ſpolii* non agit; ſed an *actio ſpolii* a ſpoliato poſſit inſtitui, qui iam petitorium elegit? disquiritur. Permiſit hoc InnocentiusIII. *c.* 5. *X. de cauſ. poſſeſſ. et pro-*

Digitized by Google

teſtationem, ſi cum cauſa in iudicium deducta fuerit connexa, quod aequitatis ſuadebat ratio; nam cauſa poſſeſſionis, in quam ſpolii incidebat quaeſtio, accurate definita, ad ſententiam in petitorio definitiue ferendam, et quae iuſtitiae conueniret, ſic via ſternebatur. Aliter autem eam pontifex admiſiſſe nequaquam videtur. Ita etiam in iure ciuili nonnunquam conceditur. Caſum refert MENOCHIVS *de retin. poſſeſſ. remed. III. n.* 667. ſi nimirum ob turbationem alterius, turbatus de poſſeſſione retinenda agit, contra vero turbans aduerſario ſpolii exceptionem, in re litigioſa commiſſi, in vim *peremptoriae* opponit, qualis tunc etiam reapſe eſt. Nam probata efficit, vt pro reo ſententia ferri debeat in cauſa principali. Huc pertinent verba Vlpiani §. *vlt. l.* 1. *ff. vti poſſid. Quod ait Praetor interdicto,* nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero poſſidetis, *hoc eo pertinet, vt ſi quis poſſidet vi, aut clam, aut precario, ſiquidem ab alio, proſit ei poſſeſſio; ſi vero ab aduerſario ſuo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo poſſidet, vincere; has enim poſſeſſiones non debere proficere palam eſt.* Papa igitur in *cit. Clement. vnic.* nihil ſtatuiſſe videtur, quod iuri Romano non conueniret. Non tamen ſemper et vbique haec exceptio locum habere poteſt,

 etiam-

propriet. ſed 1) non niſi in cauſis connexis, et 2) ante concluſionem in cauſa regulariter; nam abſurdum procul dubio foret, concedere actori, vt reum de ſpolio conuenire poſſit; cum lis iam eo perducta ſit, vt in petitorio ſententia vel definiri poſſit vel iam definita ſit. Clemens V. autem poſſeſſorium iudicium magis adhuc in cit. textu priuilegiis inſtruxit, vt petitorio iam in appellationis inſtantia tractato, nihilominus tamen ſpolii actio intentari poſſit; imo ſuſpendere iuſſit petitorium plane, donec poſſeſſionis cauſa fuerit definita, cum tamen Innocentius vtramque quaeſtionem ſimul tractari permiſerit, vnaque terminari ſententia per *c.* 6. *X. cit. tit.*

Digitized by Google

etiamſi de retinenda poſſeſſione lis agitur; igitur paullo curatius examinandum, quando admittenda a iudice ſit, nec ne? Iudicium de retinenda poſſeſſione hodie in *ordinarium* et *ſummarium* diuiditur. In vltimo iudex per *interlocutoriam* ſeu *prouiſionalem ſententiam* tantum alteri litigantium poſſeſſionem, de qua partes contendunt, et quam vtraque ſibi vindicat, interimiſtice quaſi concedit; ne alioquin ad arma veniant, MEVIVS *P. II. deciſ.* 236. *n.* 3. hinc in ſummario illo proceſſu de ſpolio excipientem non audiendum facile patet. Nam in eo ſufficit, ſi vltimo poſſidens, qualitercunque ſuam poſſeſſionem docere poſſit, nec de illius qualitate iudex valde ſollicitus eſt. Iſta vero quaeſtio *iudicio ordinario* reſeruanda, quo, num alter vi, clam vel precario poſſideat? in disquiſitionem neceſſario vocandum, quod ipſa interdicti praetorii verba legitima, relata *in l.* 1. *ff. vti poſſid. princ.* docent. Hinc vitioſe et per vim poſſidens exceptionem ſpolii merito pati tenetur, qua ab allegante probata, controuerſia ſaltem de poſſeſſione, finali ſententia a iudice terminari poteſt; saepiſſime quoque de dominio quaeſtio et lucem inde accipit ac deciſionem, ſi ſpoliator alio titulo, ex quo rem ſuam eſſe demonſtret, deſtituitur. *l.* 9. *D. de R. vind.* Secundum hanc normam traditam modo, INNOCENTIVS III. controuerſiam inter eccleſiam Rauennat. et commune Fauentinum, de iurisdictione aliisque in quodam tractu exortam, decidit, ac eccleſiae dictae, quae antiquiorem probauerat poſſeſſionem, eam iuſſit reſtitui; cum poſterior Fauentinorum vitioſa eſſe videretur, nulli quippe titulo innixa. *c.* 9. *X. de probat.*

§. XII. Tertiam rationem, qua huius exceptionis iniquitatem demonſtrare conamur, petendam eſſe duximus a nimium amplificata ſpolii ſignificatione, facta a pontificibus aut ICtis, de qua re actum ſupra §. 2. et 3. Hoc iure, nunc vbique in foris ac dicaſteriis recepto, peruentum eſt

eo

Digitized by Google

eo, vt iam facilius ſit committere ſpolium, quam illud committi ſentire. Romanos e contrario ad longe pauciores caſus reſtrinxiſſe, et fere tunc tantum interdictum *vnde vi* actori dediſſe, ſi alia actio non ſupereſſet, *ſupra* §. 2. rerum mobilium, vi ablatarum, exemplo expoſitum et probatum eſt. Hinc reus, qui litem optime fundatam ſibi intentari metuit et ad omnem occaſionem attentus eſt, qua alteri nocere poſſit, actori incauto ac iuris ſui fiducia feruentiori praebere haud difficulter cauſam poterit, qua iſtius audacia, priuata auctoritate rem vel ius aduerſarii occupandi, vel ſaltim ei denegandi, quod hactenus ei precario indulſerat, prouocatur; hoc ſi reo feliciter ceſſit, iam pro dimidia parte victoria obtenta eſt. Nam quot etiam actiones alter habere contra eum poſſit, nihil quam ſe ab ipſo ſpoliatum eſſe, occinere neceſſe habet; quo iuris iniqui clypeo tectus omnia actoris tela irridebit, donec plenarie reſtitutus fuerit. Non quidem dubium eſt, poſſe reum ſpoliatum litem cum altero conteſtari, ſi velit, omiſſa deiectionis iniuria aut per modum actionis ſeparatim propoſita; cum cuilibet integrum ſit, iuri in ſui fauorem introducto, renunciare; ſed hanc reus cuius eſt fugere, mentem vix Ioue auctore recipiet.

§. XIII. Porro IV. obſeruandum, hanc exceptionem, vt praeiudicialem, a reo allegante probari debere; non enim ſufficit, ſi quis ſpoliatum ſe eſſe dicat, niſi veritatem aſſertionis huius etiam demonſtrare queat. At pontifex facile praeſenſit, quanta inde enaſci actori incommoda poſſent, litis conteſtationem in principali cauſa anxie expectanti a reo, ſi hic probationem ſine fine protraheret, ac ita ius et obligationem actori competentia in perpetuum eluderet. Hinc INNOCENTIVS IV. in concilio Lugdunenſi generali, XV. dies tantum ad probationem huius exceptionis indulſit; quod ſi non factum fuerit ab excipiente,

te, ita ſanxit in *c.* 1. *de reſtit. ſpoliat. in ſexto: alioquin in expenſis, quas interim actor ob hoc fecerit, (iudiciali taxatione praehabita) condemnetur: alias (ſi iudici aequum viſum fuerit) puniendus.* Sed vtinam! hanc iuris Canonici ſententiam fora noſtra in obſeruantia retinuiſſent, minus profecto damni ab hac exceptione tunc metuendum foret, cuius probatio tam exiguo dierum numero incluſa eſt. Sed pragmaticorum ſchola, penes quam ſolam legum reverentia exſulat, quas pene omnes interpretationibus ſuis euerterunt, etiam hanc pontificis prouidentiam inutilem reddidit ac inanem. Quaecunque enim ceteras probationes ſolent protrahere, ea etiam omnia hic locum inuenerunt; quibus ambagibus ſemel in iudiciis admiſſis, iam litium breuitas magis piis votis adnumeranda, quam ſperanda eſt, certe iſtarum, quibus male propitia numina hanc immiſceri exceptionem patiuntur, quae tamen hodie facillime poteſt exſculpi, ſecundum ea, quae a nobis §. praeced. adlata ſunt. INNOCENTIVS IV. procul dubio huius exceptionis iniquitatem animaduerterat, ſi opponeretur in actione, qua cum nullo modo cohaereret, ideoque excipienti terminum probatorium breuiſſimum praeſcripſerat; plane enim iſtam tollere vel noluit, ne ita male conſuleret auctoritati ac famae praedeceſſorum ſuorum INNOCENTII III. ac GREGORII IX., qui iſtam et agnouerant et Decretalibus ſuis epiſtolis firmauerant; vel non facile potuit, quoniam iam vbique per Europam in iudiciis et ICtorum animis tam altas egerat radices, vt ſecuri apoſtolica vix ac ne vix quidem eradicari potuiſſe videretur. Reliquit ergo eam, ſed minus nocentem reddere ſtuduit per probationis ſpacium coanguſtatum, aut plane alleganti inutilem, ſi tam cito probari non poſſet. Nam eam amiſiſſe excipientem tunc puto, qui ante lit. conteſtationem eam non probauerit, cum poſt illam, vt peremptoria, locum habuiſſe non videatur

deatur iſtis temporibus, nec in vllo iuris capitulo tale iſti exceptioni priuilegium tribuitur, niſi in eo caſu, de quo §. XI. ſupra egimus. Verum enim vero has prudentiſſimas rationes pontificis interpretum cohors minime adſecuta eſt; hinc omnia paſſim in legibus occurrentia, quibus de probationibus doctrina ſolet illuſtrari, ſine diſcrimine huc conuexerunt; ſed dum Innocentianum decretum ad normam plane ipſi incongruam metiuntur, tenorem illius genuinum de iure eliminarunt. Nam ingens diſcrimen inter ceterorum iurium probationes et exceptionis ſpolii intercedit, ſi aequitatem in conſilium aduocare velis; qui probationum terminum nimium coarctat, iuſtitiam ipſam per tales cuniculos ſubruit, quum notum ſit: iudicem ſecundum probata ferre debere ſententiam; at vbi probatio deficit, alteri addicimus, quod iſti non debetur. Sed longe aliter haec ſe habent in ſpolii exceptione probanda, quae vti ſaepius dictum, inique et contra iuris rationem nouiori aeuo indulta, nec cauſam principalem, de qua litigatur, illuſtrat vtpote quam ne attingit quidem. Hinc eius probatio ad XV. dies aequiſſime, ſub poena amiſſionis, reſtricta fuit; quod ICti attendere debuiſſent, nec extenſioni termini probatorii illius tam friuole patrocinari, gemente iuſtitia. Nolo tamen haec, quae hactenus ſcripſi, de exceptione ſpolii *peremptoria* intelligi, quae et a iure ciuili agnita et ab ipſa aequitate dictata eſt. Iſta enim, dum cauſam principalem ſemper tangit, vti et legum ciuilium et canonum auctoritate euicimus §. *XI.* merito etiam, vt ceterae peremptoriae, debet probari, nec quoad ſpacium termini probatorii, deterioris eſſe conditionis. Sed nullum diſcrimen inter dilatoriam et peremptoriam exceptionem ſpolii practici agnoſcunt, parum quoque curantes, num cum principali cauſa aliquo modo cohaereat, nec ne? hinc vtramque

Digitized by Google

quae eodem modo probandam eſſe contendunt, quorum dogmata in compendio referre conabimur.

§. XIV. In cit. c. 1. *de reſtit. ſpol. in ſexto* initium termini probatorii figitur ſtatim *poſt diem in quo proponitur*, nulla mentione facta ſententiae iudicis interloquutoriae, qua probatio iniungi ſolet alias; certo indicio iſtam in praeſenti caſu ne expectandam quidem eſſe, ſed allegantem ſua ſponte ad probationem in continenti faciendam, accingere ſe debere atque ſe vere ſpoliatum fuiſſe demonſtrare. Recte hoc animaduertit ZANGER *de except. part. II. cap.* 18. *n.* 2. cui tamen infrunita caterua aliorum contradixit, neſcio an maiori impudentia, an ignorantia. Quicunque enim litium ambagibus iniuſtiſſimis dicam ſcribere audet, homines illos malo publico natos aduerſarios continuo experitur; quippe qui ſuam ſuaeque familiae rem agi putant, dum occaſio ipſis ſubtrahitur, cauſas forenſes immortales reddendi. Ceterum in Saxonia terminus probatorius demum incipit currere, ex quo ſententia, ſuper probatione lata, in rem iudicatam tranſiit. CARPZ. *P. I. Conſt. VI. def. I. n.* 5. MARTINI *in Comment. forenſ. ad ordin. proc. tit. XI.* §. 5. *n.* 14. Ibi ergo nunquam ſuſcipitur, niſi, vti dictum, iudicis ſententia iniuncta fuerit; quod iuris Canon. diſpoſitioni tamen repugnat. Verum neque hoc auctum temporis ſpacium actorum iuribus valde poſſet officere, niſi et ceteras regulas, quae in probationibus communiter obſeruandae veniunt, huic applicaſſent, quibus iſtae in infinitum protrahuntur. Hinc docent: ſufficere ſi reus *intra XV. proximos dies*, a termino rei iudicatae computandos, exhibeat articulos, quos probatoriales vocant, et nomina teſtium vt et copias inſtrumentorum, quibus vſurus eſt, CARPZOV. *cit. loc. def.* 2. RIVINVS *in enunc. iur. tit. XI. enunc.* 41. quod etiam in Sereniſſimi electoris Saxoniae, IOH. GEORGII I. *ordinat. proceſſus. tit. XI.* §. 5. conſtitutum.

tutum. Cui vero ignota reliqua probationum obſtacula, quibus ſaepe ad plures annos retardari ſolent; qualia ſunt dilationum plurium petitio, aut quando teſtium et inſtrumentorum fides in dubium ab altero vocantur; quae nouae litis aptiſſimus fomes, et quae ſunt huius generis alia. Non itaque ſpernendum *Dn.* GASSERI conſilium, reiiciendam a iudice hanc exceptionem, ſi appareat, altioris eam indaginis eſſe, et litis conteſtationem reo ſimpliciter iniungendam, quum poſt eam ſpolium in modum peremptoriae exceptionis poſſit deduci. vid. eius *Poſit. pract. cap. V.* §. 12. Supra enim iam annotauimus §. *XI. princ.* ſpolii exceptioni peremptoriae etiam qualitatem a practicis vindicari, licet cauſam principalem ne tantillum quidem contingat. Si igitur poſt litis conteſt. demum opponitur vel probatur, efficere dicunt, vt iudex in cauſa principali ſententiam tamdiu differat, donec reſtitutio facta fuerit. Verum magis forte vtile foret magisque iuri conueniens, ſi iudex eo caſu reum cum exceptione ſua, intra praeſcriptum a pontifice terminum non probata, ad reconuentionem remitteret. Haec ſunt dogmata pragmaticorum, forte non ſine ſudore ac vigiliis concepta, ſed parum vtilia, imo perniciosiſſima reipublicae, quae commentariorum nomine ad ordinationes proceſſus paſſim ediderunt. Meo autem iudicio id non eſt leges interpretari, verum, ſaluis earum verbis, ſenſum callide circumuenire.

§. XV. Iam aliquoties in praecedentibus dictum, exceptionem ſpolii, cuicunque liti g) oppoſitam, quam reo ſpolia *Exceptio ſpolii lites non extinguit, ſed cumulat.*

g) MEVIUS *Part. IV. deciſ.* 70. quidem hanc exceptionem omni actioni opponi poſſe negat, ſed tunc tantum illam admittit, ſi aliquam cum principali controuerſia connexionem habeat. Verum, licet optandum foret hanc exceptionem talibus alligatam conditionibus

Digitized by Google

ſpoliato ſpoliator intendit, efficere, ne ille litem conteſtari teneatur, antequam plenarie reſtitutus ſit. Hoc vero debet intelligi, ſi ſpolium ſtatim ab initio proceſſus et ante litis conteſtationem allegatur. Si lite iam conteſtata reus demum de ſpolio poſtea forſan peracto queri incipit, iudicem in cauſa principali non procedere amplius poſſe multo minus illi integrum eſſe, in ea ferre ſententiam, vsque dum excipienti ſatisfactum fuerit, aſſerunt. Haec ſiue ex legibus hauſta ſint, ſiue ICtorum opinionibus debeantur, (de eo enim ſupra §. *V.* et *XI.* diſputauimus) tamen hodie in iudiciis vt iura indubia obſeruari, iuris pragmatici auctores docent. Nunc autem non incongruum fore arbitramur, ſi, quae inde in iure commoda oriantur, diſtinctius conſideremus. Si praeiudiciis relictis, rem ipſam ſecundum qualitates ſuas aeſtimare velimus, fatendum erit: reo inde plurima ſperanda, iuſtitiae nulla; imo hanc ſaepe illa exceptione in ſummum diſcrimen perduci. Nam reus, qui ſe ſpoliatum excipit, non reſtituitur, ſed tantum actori reſpondere vlterius non tenetur, quod clare pontifex innuit in *c.* 2. *X. de ord. cognit. Verum ſpoliatione in modum exceptionis tantum probata, non eſt per hoc reſtitutio facienda*, quia reus directo reſtitutionem non petiit, quo etiam collineat Gloſſa ad verbum: *facienda*, quam vide. Verum enim vero ita neque *lis principalis*, neque *illa de ſpolio*, quam exceptio continet, finiuntur, ſed ſuſpenduntur tantum, olim rurſus, cum id viſum fuerit partibus litigantibus, vel quando vires reſumpſerint, ſuſcitandae; quo fit,

bus fuiſſe, pontifices tamen in iure Canon. eas non agnoſcunt; generatim enim vbique loquuntur, vbi de eius oppoſitione agunt, nec ad caſum quando cum cauſa primaria cohaeret, eam in vllo capitulo reſtrinxerunt. Igitur neque in foro MEVII opinio attenditur, ſicut in ipſo §. dictum.

Digitized by Google

ſit, vt ipſum ſtatum rerumpublicarum, tot mutationibus fere quotannis obnoxium, duratione ſuperare facile queant. Mali tamen cauſidici, has iuris ſanctiones, quaſi a benigno ipſis numine coelo demiſſas, ſuſpiciunt; ſpes enim inde certiſſima eſſe poteſt non ipſis tantum, verum et liberis eorum ac nepotibus, victus nunquam defuturi, dummodo viros ſe praeſtent in exercendo auito artificio, ac transactiones inter partes ſedulo praecaueant, ipſorum commodis, ceu fulmina, metuendas. Sed rei ſeries ad alia nos vocat.

§. XVI. Iam ad ſpoliati reſtitutionem peruenio, quam, vti §. praecedente dictum et probatum eſt, reus excipiens non directe quidem, ſed tamen oblique et quaſi aliud agendo ab aduerſario petit. Nam reſponſionem ad alterius poſtulata tamdiu, iure id permittente, detrectat, quamdiu non omnia, quae ſpolio amiſit, receperit. Hinc ſi actor, qui de commiſſo ſpolio conuictus eſt, litis conteſtationem in cauſa ſua ocyus optat, ante omnia de reſtitutione alterius debet cogitare [h]), qua demum competenter facta ef- *Reſtitutio ſpoliati difficillima.*

ficitur,

[h]) Nonnunquam tamen ſpoliato reſtitutio negatur, plenaria nimirum, ſi ea iniuncta peccatum mortale metuendum eſſet. Sic INNOCENTIVS III. in *c. litteras.* 13. *X. de reſt. ſpoliat.* viro vxoris reſtitutionem noluit concedere, quae conſanguinitatem in gradu iure divino prohibito allegauerat et in continenti probauerat. Videtur quidem aliud placuiſſe LVCIO III. in *c. ex conqueſtione X. h. t.* et ALEXANDRO III. in *c.* 2. *X. de diuort.*; his enim testibus abſciſſe ſpoliatus reſtitui iubetur, etiamſi conſanguinitas aut affinitas notoria ſit inter tales coniuges, quorum alter alterum priuatim et non exſpectato eccleſiae iudicio dimittit. Sed intelligenda haec capitula eſſe arbitror vel de caſu, quando matrimonii impedimentum, quod ab altero allegatur, ex iure humano tantum prouenit, quod alias diſpenſatione poteſt remoueri; aut pars ſpoliata reſtituitur tantum, quoad conſortium

Digitized by Google

ficitur: vt et ſibi et iudici in cauſa principali via pandatur iterum progrediendi vlterius, antea exceptione hac, ceu obiecta rupe, facta imperuia. Verum non tam facile negotium eſt, talem reſtitutionem facere, licet deiectionem alterius ſaepe ſine difficultate perficias, iſto inprimis aut iniuriae memoria exulcerato, aut per malitiam actorem incommodis et ambagibus inuoluere cupiente; cum iam talis alterum diuexandi occaſio adſit, qualem opportuniorem ne hoſtis quidem optare poteſt. Nam non res principa-

lis

tium vitae, non quoad debitum coniugale, quod cum alter, qui conſanginitatis ſibi eſt conſcius, ſalua conſcientia praeſtare non poſſet, neque ab eo exigi debet, quam etiam ſententiam defendit *Gloſſa ad cit. c. 2. X. de diuort.* ad verbum: *reſtitutionem.* Sed eam cautelam ius ciuile neceſſario ignorat, quod ſpolio in matrimonialibus cauſis nunquam locum fecit, ſed iure Canon. demum haec extenſio facta eſt, vid. ſupra §. 2. Deinde reſtitutionem faciendam negant, ſi quis eccleſiaſtico ſpoliatus beneficio, illam apud iudicem referit, neque tamen praeter poſſeſſionem alium titulum allegare valeat, cuius ſententiae fundamentum *ex c. 2. de reſt. ſpoliat. in ſexto* petunt. COVARRVV. *de matrim. part. II. c. 7. §. 5.* Denique MENOCHIVS *reſp. I. in cauſa Finarienſ. n.* 52. et alibi ſi de reſtitutione caſtri munitiſſimi controuerſia ſit, eam ſpoliato, minime concedendam ait, argumento petito ex *c. ſignificaſti X. de diuort.* et *c. litteras X. de reſtit. ſpoliat.* ſed ex ipſorum capitulorum tenore patet, pontifices communem de ſpoliati reſtitutione regulam merito reliquiſſe, ſi ea cum iure diuino et conſcientia conſtare nequit; MENOCHIVM contra rationes conſilii cum iuris rationibus male commiſcuiſſe. Pro Genuenſibus enim calamo tunc pugnabat, qui Finarienſem marchionem caſtro huius nominis deiecerant, non exſpectata imperatoris ſententia, qui tamen in hac controuerſia ipſis Genuenſibus non negantibus, legitimus et competens iudex eſſe debuiſſet. Conquiſiuit itaque hic ICtus omnia, quae Genuenſium factum excuſare et reſtitutionem impedire poſſent. Cuius ponderis argumenta ſint, quibus vtitur, videant alii.

Digitized by Google

lis tantum, inique alteri ablata, debet reſtitui, verum etiam omnes fructus damnaque alteri deiectione illata reſarcienda ſunt, antequam plenaria reſtitutio facta cenſetur. De fructibus id expreſſe cautum in *l.* 1. §. 40. *et* 41. *ff. de vi et vi arm.* nec perceptos a ſpoliatore reſtitui ſufficit, ſed etiam eorum reſtitutio iniungitur, quos dominus, vel qui loco domini poſſidet, niſi deturbatus poſſeſſione fuiſſet, potuiſſet percipere, quod haud obſcure in cit. §. 41. ſancitum, et clarius adhuc in *l.* 4. *C. de vi,* ita vt hac de re nulla amplius dubitandi cauſa ſuperſit. Praeterea quaelibet vtilitas, quam ſpoliatus deiectione perdidit, quaeque *fructuum* appellatione in iure ciuili non comprehenditur, eidem reſarciri debet. Igitur ſi quis ſeruum vi abſtulerat, qui heres fuerat inſtitutus, eumque reſtituere nequibat, omne damnum ac id, quod intererat priſtini domini, eidem reſtituere tenebatur per *l.* 6. *ff. h. t.* Haec iuris ciuilis placita, aequitati naturali conformia, COELESTINVS III. pontifex max. in *c.* 11. *X. de reſt. ſpoliat.* ſua quoque auctoritate firmauit; vt adeo iam nihil ſpoliatori reſtet, quo eius cauſa poſſet adiuuari, praeter reſtitutionem accurate faciendam, qua rei exceptio perimitur. Sed aliquot annorum fructus reſtituere, et imprimis eos, quos nunquam ſpoliator percepit, percipere tamen debuit, res eſt difficultatum pleniſſima. Idem de damnis illatis ſentiendum, quorum aeſtimationem deiectus a ugere in infinitum ſolet; non quidem ſpe tantum recipiendi, quantum petitione comprehendit, ſed ne occaſio et cauſa diſputandi cum aduerſario deſit, cuius inſtituta actio ita per immenſum temporis ſpacium fruſtratur. Quamdiu enim aliquid reſtituendum reſtat, ſpoliatus contra alterum a quo conuenitur, exceptione ſe tuebitur nondum plenarie factae reſtitutionis. Igitur et ex eo manifeſtum redditur,

Digitized by Google

quantis abuſibus haec exceptio expoſita ſit, vt affirmare auſim, non bono iuſtitiae inuentam, ſed quaſi anguem atro veneno ſuo bonas leges conſpurcare, vt iuſtitia in eis emoriatur.

§. XVII. Vt veritas eorum, quae hactenus dicta ſunt, eo facilius cognoſcatur, exemplo rem illuſtrare iuuabit, quod DN. PRAESIDEM in eundem adduxiſſe finem obſeruaui in *Diurn. Hallenſ. anni MDCCXXXV. num.* 4. *p.* 623. *ſqq.* Lucius praedium a Sempronio conduxit, ſed cum duorum annorum mercedem deberet, ſolutionemque differret adeo, vt vix vnquam facere velle videretur, locator iudicem adit ac petit, vt Lucius e praedio ſuo expellatur. Iudex actoris ius probe intelligens, et ne dilatione conditio eius fiat deterior, debitorem, vi iudiciali adhibita, e conducto praedio pellit, nimis tamen feſtinate et propemodum inauditum. Sempronius poſtea mercedem, tot annorum debitam adhuc, mota actione locati, a Lucio poſcit, ſed alter, dum conteſtari litem debet, ſe ſpoliatum fuiſſe inclamat. De huius exceptionis veritate aliquot annis diſputatur, eaque probata a Lucio, ſententia fertur: iſtum actori non prius teneri reſpondere, quam plenarie reſtitutus ſit. Quid ageret Sempronius? pecuniam ſuam conſequi cupit ab altero, qui vero, ante reſtitutionem factam, ne quidem ad actionem aduerſarii reſpondet, tantum abeſt, vt de ſoluendo alteri debito cogitaret. Reſtituit ergo debitorem eiectum ad praedium locatum ac eum in illud reducit. Sed hic neque vult ſoluere nec conteſtari litem, quoniam damnorum eiectione perceptorum et lucri interim ceſſantis, nondum conſecutus ſit refarcitionem plenariam. Sic duplex malum Sempronius patitur; nam neque debitam ſibi mercedem accipit, et praedium ſuum ab hoſte poſſideri adſpicere cogitur, et quod maxime exulcerat probi viri patientiam, iſtum

Digitized by Google

iſtum ſe legibus tueri, quae ſanctiſſimos viros Rom. pontifices habent auctores; omnis alias inquitatis perſecutores acerrimos, hic autem patronos publicos. Tandem conductor, cum ſatis diu locatorem eumque creditorem ſuum vsque ad tempus locationis alias finitae fatigauit, aut moritur vel clam aufugit, omnibus facultatibus ſuis perditis, aut ſi quae ſuperſunt adhuc vxore eas vindicante dotis nomine. Hoc caſu actor ſub iuſto clypeo pugnans amittit mercedem reliquorum annorum, iniuſtus vero conductor, qui defraudare locatorem mercede debita intendit, ſub exceptione *ſpolii nondum plenarie reſtituti* tamdiu litem differt, et liquidationem damnorum et lucri ceſſantis ſtudio in immenſum exaggerat, quo occaſionem habeat, interim bonis conductis incumbendi et fructus inde percipiendi vsque ad tempus locationi praefinitum et tandem impune diſcedendi. Hoc modo fundatum ius habenti, exigendi mercedem, iuſtitia aperte denegatur, et quidem ſub tutamine iuris iniqui.

§. XVIII. Optandum igitur eſſet, hanc ſpolii exceptionem, quando plane primariam cauſam non contingit, publica Imperii lege abrogari; cum medium ſit maxime oportunum proferendi controuerſias ac lites litibus cumulandi. Et facile alio modo temerariis ſpoliatoribus obuiam iri poſſet, eorumque vel petulantiae vel audaciae obex poni, ſi ſpoliatus agens, actionem ſuam probauerit. Auguſtiſſimus Legislator Saxon. *in der Erläuterung und Verbeſſerung der Proceſſ-Ordnung*, *ad tit. XI. §. 3.* his ſine dubio rationibus permotus, plane prohibuit allegationem exceptionis huius inter dilatorias, ſed illam tantum poſt litis conteſtationem inter peremptorias et opponi a reo atque probari (vti ceteras tamen) voluit. Ipſa dabimus verba ordi-

Digitized by Google

ordinationis huius: *Nachdem Wir auch vermerket, daſs die* exceptio ſpolii *bishero vielfältig gemiſsbrauchet, und zum bloſsen Verſchleif der Sachen opponiret worden; ſo wollen Wir, daſs inskünftige ſelbige weiter nicht* in quacunque parte iudicii, *oder auch vor der* Litis Conteſtation; *ſondern einzig und allein auf die Art, wie andere* Exceptiones peremptoriae, *nach der* Litis Conteſtation *eingewendet, und gleich denenſelben ausgeführet werde.* Ceterum actionem ſpolii ſpoliato integram reliquit, quod vltima *cit.* §. verba declarant. Quod vtinam exemplum alii imitarentur principes; et exceptionem hanc, quatenus non cohaeret cum cauſa principali, prorſus eliminarent vel eam admodum reſtringerent; ſine dubio enim munus foret huius exceptionis reſtrictio gratiſſimum ſubditis, et egregium iuſtitiae in terris ſuis adiumentum, nec iuſtitia amplius ſub colore huius exceptionis tam impune et aperte denegaretur.

EXER-

EXERCITATIO XCII.
AD LIB. XLIV. PAND. TIT. I.

DE EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI EIVSQVE VSV IN CAVSSIS CRIMINALIBVS.

CAP. I.

DE EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI GENERATIM.

ARGVMENTVM.

I. Inſtituti ratio et partitio. II. Praetorii muneris origo. III. Praetorum in iure dicundo poteſtas. IV. et in iure ſtricto emolliendo ſtudium. V. Inde inuentae exceptiones. VI. Quid ſit exceptio. VII. Vbi exceptiones poſtulandae? VIII. Quibus verbis conceptae? IX. Exceptionum diuiſio. X. Quid ſit praeiudicium. XI. Praeiudicialis exceptionis definitio. XII. Axiomata inde deducta. XIII. Praeiudicialis exceptio connexa eſt cum principali cauſſa. XIV. A praeiudicial. except. dependet totius cauſſae principalis diſcuſſio. XV. Exceptio praeiudicialis condemnationem non requirit. XVI. De ea iudicium prius conſtituendum eſt, quam de principali cauſa cognoſcatur. XVII. Cauſa principalis ſuſpenditur, donec praeiudicialis exceptio definiatur. XVIII. An exceptio praeiudicialis dilatoriis, an peremtoriis adnumeranda. XIX. Vtrum ante lit. cont. ſit opponenda; et an excipiens litem euentualiter conteſtari teneatur. XX. De actionibus praeiudicialibus. XXI. Raeuardi de iis peculiaris ſententia.

Digitized by Google

§. I.

Inſtituti ratio.

Si qua eſt iuris ciuilis doctrina, cuius ob inſignem ſui vtilitatem, exactiſſima cognitio certiſſimum ſecum ferat praemium; eam eſſe profecto, quae de *exceptionibus* agit, qui ignoret, credo eſſe neminem. Quid enim frequentius in foris agitari poſſe arbitremur, quam quod omnes natura docuit, vt obſiſtant iniuriae, et periculum a capite propulſare contendant, quorum vel opes, vel fama, vel vita, in iudicum inuidiam adducuntur? Quare cum mentis bonae, et litterarum amantis documentum, qualecunque illud demum ſit, exſtare voluerim, vaſa colligens, et vltimum ſacratiſſimae huic bonarum artium ſedi vale dicens, operam meam non male me collocaturum credidi, ſi in hoc argumento ingenium, quod quam ſit exile ſentio, exercuerim. Ne vero, ſi totum exceptionum campum mihi ſumerem, oneris grauitate vel ſupprimerer, vel ſummorum virorum de hoc prolixo argumento et plene dicentium et accurate, [a]) purpurae late ſplendenti laciniam adſuiſſe viderer, vnum potius mihi EXCEPTIONVM genus conſtitui, idque PRAEIVDICIALIVM, in quo verſetur ſi non ars mea, certe induſtria; quodque *quale* ſit, praemiſſis paucis ad exceptionum *originem* pertinentibus, oſtendam, quamque inſignem vſum in *cauſis*, quas dicunt, *criminalibus* praeſtent, commo-

[a]) Praeter eos, qui diſputationibus hoc argumentum illuſtrarunt peculiaribus, libris illud explanarunt PAVLLVS AEMILIVS GALLVS, *tract. de except. Geneu.* 1619. *fol.* CAROLVS DE GRASSIS, *de except. Venet.* 1600. NICOL. RODERIC. FERMOSINVS, *de exceptionibus praeſcript. etc. Lugd.* 1662. IOHANNES LANGER, *tract. de exceptionibus*, et alii, quorum nomina exhibet LIPPENIVS *in bibliotheca iuridica*, qui tamen omnes vtplurimum exceptionum vſum ad hodiernam procedendi rationem applicant, *iuris canonici* placitis ſubinde in ſubſidium vocatis.

Digitized by Google

monſtrare allaborabo. Cui opellae meae, LECTOR AMICE, ſi calculum album adiicere recuſes, quam peccare ſitcogita homini facile, quam idem condonare, homine digniſſimum.

§. II. Fuit ea olim Romanorum Regum auctoritas, vt, qui in hoc illuſtri loco poſiti erant viri, *publica* non ſolum exſequerentur negotia, verum etiam *priuatis* ſuam interponerent auctoritatem [b]). Sed dedit et haec ſumma Regum poteſtas, quam varia ſit commutabilisque rerum humanarum ratio, documentum maximum. TARQVINII enim ſuperbia et crudelitas, inuiſa populo, effecit, vt cum illo regia dignitas aboleretur, et illa iuris dicundi, quae penes Reges hactenus fuerat ſuprema poteſtas, vna cum faſcibus et ſecuribus ad *Conſules* transferretur. Cum vero hi ſummam rerum adminiſtrarent, adeo, vt non ſolum domi ſedere, ſenatum conuocare, patres legere, comitia habere, leges figere, ſeditiones ſedare, cetera; ſed etiam exercitus ſcribere, ductare ad proelia, et cum finitimis populis laceſſentibus bella gerere tenerentur; ſaepius teſte hiſtoria Romana eueniebat, vt nemo domi ſederet, qui ciuium diſceptantium cauſas cognoſceret atque componeret, praeſertim ſi ſub vtriusque Conſulis imperio vsque quaque eſſet debellandum. Ne igitur ciues, cum Conſules apud hoſtes caſtra ponerent, ius ſuum in vi atque armis domi ponerent, et domeſticis bellis rem publicam turbarent, alia via, qua huic malo mederi poſſent, populo Romano fuit incedendum. Quid enim de ea republica fieret, in qua, quoties bella gerantur, (quotannis autem geſta fuiſſe

Praetorii muneris origo.

b) POMPONIVS in *l. 2. D. §. 3. de origine iuris*, DIONYS. HALIC. *lib. X. antiq. Rom. p. 627.* τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς αὐτῶν ἐτάττοντο τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθὲν ὑπ᾽ ἐκείνων, τοῦτο νόμος ἦν. *Olim quam diu regnatum eſt in vrbe, regum arbitrio dirimebantur lites, et quod iuſtum illi iudicaſſent, id erat pro lege.*

fuiſſe annales loquuntur) toties tabernae claudantur, leges ſileant, iuſtitia edicantur, quae non niſi belli fine facto, et exercitu in vrbem reducto, integritati ſuae reſtituerentur. Populus igitur Romanus, vbi centum et quadraginta fere annorum argumentis certiſſimis ſatis edoctus erat, conſules munus tam graue, tamque varium, ſine reipublicae detrimento ſuſtinere haut poſſe, nouum et peculiarem magiſtratum elegerunt, qui iura, ſerie haut interrupta, redderet, quemque *praetorem* appellauere [c]).

Praetorum in iure dicundo poteſtas.

§. III. Nouus iſte magiſtratus cum iisdem comitiis et auſpiciis, quibus conſules creabantur, conſtitueretur, et iuris in vrbe dicundi prouinciam a conſulibus acciperet, collegaque eorum nominaretur, [d]) inſignem nactus eſt dignitatem, adeo vt apud illum omnis eſſet *priuati iuris poteſtas.* Erat enim Praetor, teſte CICERONE, [e]) *iuris diſceptator*, qui priuata iudicabat, iudicariue iubebat, *iuris ciuilis cuſtos.* Quare hunc virum adire oportebat, quicunque legibus experiri vellet, et quae intra priuatos parietes res peragi nequiſſet, in ea publicam fidem appellandi animum induxiſſet. Obſeruatis igitur omnibus ſollemnibus, quae vberius refert BARNABAS BRISSONIVS, [f]) ſi in ius ventum eſſet, is, qui actoris vicem ſuſtinebat, cauſam Praetori enarrabat, de qua ſi non hic *extra ordinem*, ſeu velo

[c]) POMPONIVS *l. 2. §. 27. D. de origine iur.* vbi praetorem ideo creatum eſſe ait, *quia conſules auocarentur bellis finitimis, neque eſſet, qui in ciuitate ius reddere poſſet.* Eſt et praeter hanc alia ratio, cur praetori tanta fuerit data poteſtas, nimirum, vt plus haberet auctoritatis patriciorum ordo. LIVIVS *hiſt. VI. vlt. VII. 1.* HEINECCIVS *antiq. Rom. ad Inſt. Libr. I. tit. 11. §. 1. 9.*

[d]) A. GELLIVS *Libr. XIII. c. 15. Noct. Att. edit. Gronou. p. 599.*

[e]) *de legibus Libr. III. c. 111.*

[f]) *de formulis Libr. V.*

Digitized by Google

velo leuato [g]) et *de plano*, decretum controuerſiae interponeret, [h]) cognoſcebat, quo iure, quaque actione vti deberet [i]). Peracta hac praetoria *cognitione*, vti vocatur [l]) et inquiſita, audita, cognitaque vtrinque cauſa, in verba litis ius componebat, actorique formulam dabat Praetor, qua data actor ſibi iudicem poſcebat [m]). Conſueuerant enim Praetores, alium iudicem bonum quemque et ingenuum, (vt fidem exſoluerent, quam iure iurando adſtrinxerant), [n]) ſeligere, et ſollemnibus quibusdam verbis [o]) litigantibus ad vlteriorem cauſae cognitionem adiicere, vel vt onus cum praetura coniunctum, et ipſas Praetorum vires in tanta litium multitudine ſuperans cum aliis communica-

[g]) Erant enim *vela* antiquitus in tribunalibus iudicum, quae, ſi cauſſa ardua eſſet dirimenda, tribunali praetendebantur, vt re perpenſa accuratius, maiori etiam cum cura de re tota cognoſcerent, et maturiori conſilio, poſtquam omnia conſideraſſent, pronunciarent ſententiam; leuabantur autem vela, ſi cauſſa leuior eſſet nec magni momenti, hinc cum *velo leuato cauſſam cognoſcere* in *L. pen. C. de naufr.* it. *L. vlt. C Theod. eod.* idem eſt, ac *de plano pronunciare ſententiam*, conf. ANTONIVS MATTHAEI in libro *de probationibus c. II.* qui plura ad haec illuſtranda loca refert.

[h]) *L. 1. §. 14. ff. de extraord. cognit.*

[i]) CICERO in *partit. c. 28. Ante iudicium de conſtituendo ipſo iudicio ſolet eſſe contentio, cum, aut ſitne actio illi, qui agit, aut iamne ſit, aut num iam eſſe deſierit, aut illane lege hisce verbis ſit actio, quaeritur.*

[l]) *L. 1. D. de R. V.*

[m]) *L. 29. D. comm. diuid.* BRISSONIVS *Libr. V. p. 347. de form.* cui videntur deſiderantium verba haec fuiſſe: PRAETOR. IVDICEM. ARBITRVMVE. POSTVLO. VTI. DES, quae ſingularibus hisce litteris P. I. A. P. V. D. VALERIVS PROBVS teſtatur.

[n]) CICERO *pro Cluentio: Deinde Praetores vrbani, qui iurati debent optimum quemque in ſelectos iudices referre.*

[o]) CICERO *in Verr. Libr. II. c. 12.* IVDEX. ESTO. SI. PARET. CONDEMNA.

Digitized by Google

nicatum leuius fieret, vel vt praeturam praetoriamque dignitatem, demandata aliis quoque viris cognoſcendi iudicandique poteſtate, auguſtiorem et ampliorem redderent. Iſtiusmodi iudices a Praetore auctoritatem obtinebant, qui et huic iudicio *formulam* praeſcribebat, p) vt ſecundum eam praeſens controuerſia definitionem acciperet. Quo munere ſuſcepto, (quod vix denegare cuiquam fas erat) iudex de *facti veritate*, iniuncta probatione inquirebat; nam vt Praetoris officium in *iuris cognitione* poſitum erat q), ita huic ſola tantum *notio* r) erat relicta, et ſecundum *Praetoris verba*, quam ne migraret normam, ſeuera lege cauebatur, ſententiam ferebat.

Praetores aequitatis ſtudio ius ſtrictum emollire ſtudebant.

§. IV. Cum vero initio *ius Romanum directum* eſſet, *ſimplex*, et *aſperum*, adeo vt nihil in eo reperias, quod mite aut moderatum dixeris, et adeo tenaces fuerint ſollemnium verborum obſeruatores, vt his tamquam glebae adſcripti viderentur iuris cuſtodes, s) ita vix alia quam *pura* dabatur actionis *formula*, intra cuius limites tota controuerſia erat definienda. Quae quamuis in *bonae fidei* ne-

p) B. BRISSON. *l. c.* GERARD. NOODT *de iurisdict. et imp. p.* 111.

q) *L. 30. D. de pact. dot. L. 22. §. 6. D. ſolut. matr.*

r) *L. 5. D. de re iudicat.* GERARD. NOODT *l. c.* Hinc etiam imperitis litterarum haec prouincia pro re nata demandabatur, vt teſtatur SENECA *de benef. Libr. III. c. 7. De quibusdam etiam imperitus iudex dimittere tabellam poteſt, vbi feciſſe aut non feciſſe pronunciandum eſt, vbi prolatis cautionibus res tollitur, vbi vero inter diſputantes ratio ius dicit, ibi animi coniectura capienda eſt, vbi id, de quo ſola ſapientia decernit, in controuerſiam incidit, non poteſt ad haec ſumi iudex ex ordine ſelectorum, quem cenſus in album et equeſtris hereditas miſit.*

s) Quam verborum aucupationem ipſe CICERO plus vice ſimplici irridet, non ſecus ac *magica ſollemnia, orat. pro Murena, Ceciana,* et paſſim. Conf. IOH. GOTTL. HEINECCIVS in *oratione de formulis Rom. iuriſpr.* quam exhibet ſylloge opuſculorum.

Digitized by Google

negotiis ob adiectam clauſulam, *ex bono et aequo,* nullum reo adferret praeiudicium: magis tamen officiebat in negotiis *ſtricti iuris,* in quibus ſine praedicta clauſula formula dabatur, [t]) adeo vt eam ſtatim ſequeretur condemnatio, neque vlla defenſione, vel propter pactum, vel propter aliam rem reus iuuari poſſet [v]). At cum per ſuperſtitioſam hanc ſollemnium carminum obſeruantiam haut raro eueniret, *vt ſummum ius ſumma fieret iniuria,* et naturalis aequitas conceptis verbis in negotiis ſtricti iuris cederet, optimaque cauſſa ex *regulis antiqui iuris* condemnaretur; ferre hoc non potuerunt iuſti litium moderatores. Quare quamuis eo confidentiae progredi non potuerint, vt in *formularia* iſta *iurisprudentia* aliquid mutarent, aut ius illud antiquum refigerent, viam tamen aliam ingreſſi ſunt, qua aequitati magis conſulerent, et rigorem ſtricti iuris emollirent. Saepius enim vſu venerat, vt, *licet ipſa perſecutio* (vti Imperator loquitur [w]), *iuſta,* h. e. iuri antiquo ciuili conformis *eſſet, tamen iniuſtum eſſet, tali actione, aduerſus eum, quicum agitur, vti.*

§. V. Vt igitur aequitati ſtuderent, inuenerunt EXCEPTIONES, quae ius actoris *ſtricto ac acerbo iure* in negotiis *ſtricti iuris* maxime fundatum veluti inciderent, et aliquo modo infringerent. Et quum ſolis Praetoribus litium moderamen competeret, duriores iſtas formulas hisce exceptionibus emollire quodam modo haut factu difficile erat [x]). Haec ſunt, vnde repeti debet *exceptionum,* in *Ideoque exceptiones inuenerunt.*

ſtricto

[t]) DN. PRAESID. diſſ. *de offic. iudic.* §. 2.

[v]) FRANCISC. DVARENVS in *comment. ad tit. D. de condictione indebiti, p. 906. b.*

[w]) *Pr. Inſt. de except.*

[x]) vid. Dn. PRAESID. *Introd. in ius Digeſt.* §. 1. *Tit. I. Libr. XLIV.*

Digitized by Google

nicatum leuius fieret, vel vt praeturam praetoriamque dignitatem, demandata aliis quoque viris cognoſcendi iudicandique poteſtate, auguſtiorem et ampliorem redderent. Iſtiusmodi iudices a Praetore auctoritatem obtinebant, qui et huic iudicio *formulam* praeſcribebat, p) vt ſecundum eam praeſens controuerſia definitionem acciperet. Quo munere ſuſcepto, (quod vix denegare cuiquam fas erat) iudex de *facti veritate*, iniuncta probatione inquirebat; nam vt Praetoris officium in *iuris cognitione* poſitum erat q), ita huic ſola tantum *notio* r) erat relicta, et ſecundum *Praetoris verba*, quam ne migraret normam, ſeuera lege cauebatur, ſententiam ferebat.

Praetores aequitatis ſtudio ius ſtrictum emollire ſtudebant.

§. IV. Cum vero initio *ius Romanum directum* eſſet, *ſimplex*, et *aſperum*, adeo vt nihil in eo reperias, quod mite aut moderatum dixeris, et adeo tenaces fuerint ſollemnium verborum obſeruatores, vt his tamquam glebae adſcripti viderentur iuris cuſtodes, s) ita vix alia quam *pura* dabatur actionis *formula*, intra cuius limites tota controuerſia erat definienda. Quae quamuis in *bonae fidei* ne-

p) B. BRISSON. *l. c.* GERARD. NOODT *de iurisdict. et imp. p.* III.

q) *L. 30. D. de pact. dot. L. 22. §. 6. D. ſolut. matr.*

r) *L. 5. D. de re iudicat.* GERARD. NOODT *l. c.* Hinc etiam imperitis litterarum haec prouincia pro re nata demandabatur, vt teſtatur SENECA *de benef. Libr. III. c. 7. De quibusdam etiam imperitus iudex dimittere tabellam poteſt, vbi feciſſe aut non feciſſe pronunciandum eſt, vbi prolatis cautionibus res tollitur, vbi vero inter diſputantes ratio ius dicit, ibi animi coniectura capienda eſt, vbi id, de quo ſola ſapientia decernit, in controuerſiam incidit, non poteſt ad haec ſumi iudex ex ordine ſelectorum, quem cenſus in album et equeſtris hereditas miſit.*

s) Quam verborum aucupationem ipſe CICERO plus vice ſimplici irridet, non ſecus ac *magica ſollemnia, orat. pro Murena, Ceciana,* et paſſim. Conf. IOH. GOTTL. HEINECCIVS in *oratione de formulis Rom. iurispr.* quam exhibet ſylloge opuſculorum.

Digitized by Google

negotiis ob adiectam clauſulam, *ex bono et aequo,* nullum reo adferret praeiudicium: magis tamen officiebat in negotiis *ſtricti iuris,* in quibus ſine praedicta clauſula formula dabatur, [t]) adeo vt eam ſtatim ſequeretur condemnatio, neque vlla defenſione, vel propter pactum, vel propter aliam rem reus iuuari poſſet [v]). At cum per ſuperſtitioſam hanc ſollemnium carminum obſeruantiam haut raro eueniret, *vt ſummum ius ſumma fieret iniuria,* et naturalis aequitas conceptis verbis in negotiis ſtricti iuris cederet, optimaque cauſſa ex *regulis antiqui iuris* condemnaretur; ferre hoc non potuerunt iuſti litium moderatores. Quare quamuis eo confidentiae progredi non potuerint, vt in *formularia* iſta *iurisprudentia* aliquid mutarent, aut ius illud antiquum refigerent, viam tamen aliam ingreſſi ſunt, qua aequitati magis conſulerent, et rigorem ſtricti iuris emollirent. Saepius enim vſu venerat, vt, *licet ipſa perſecutio* (vti Imperator loquitur [w]), *iuſta,* h. e. iuri antiquo ciuili conformis *eſſet, tamen iniuſtum eſſet, tali actione, aduerſus eum, quicum agitur, vti.*

§. V. Vt igitur aequitati ſtuderent, inuenerunt EXCEPTIONES, quae ius actoris *ſtricto ac acerbo iure* in negotiis *ſtricti iuris* maxime fundatum veluti inciderent, et aliquo modo infringerent. Et quum ſolis Praetoribus litium moderamen competeret, duriores iſtas formulas hisce exceptionibus emollire quodam modo haut factu difficile erat [x]). Haec ſunt, vnde repeti debet *exceptionum,* in ſtricto

Ideoque exceptiones inuenerunt.

[t]) DN. PRAESID. diſſ. *de offic. iudic.* §. 2.

[v]) FRANCISC. DVARENVS in *comment. ad tit. D. de condictione indebiti, p. 906. b.*

[w]) *Pr. Inſt. de except.*

[x]) vid. Dn. PRAESID. *Introd. in ius Digeſt.* §. 1. *Tit. I. Libr. XLIV.*

ſtricto ac primario ſenſu ſumtarum, origo, quae adeo in iurisprudentia ad poſteritatis memoriam clara facta ſunt, vt vix ad vlteriorem illuſtrationem aliquid addi queat. Quare nobis propius nunc ad argumentum noſtrum accedentibus explicandum erit, quid per exceptionem intelligant iura noſtra.

Quid ſit exceptio.

§. VI. Vidimus ex hactenus dictis, conſtitutas eſſe exceptiones *reorum defendendorum gratia*, et in iis cauſſis, in quibus ſtrictum ius praeualebat, originem ſuam traxiſſe ex *naturali aequitate* [y]: ideoque, ab omnibus fere gentibus [z]) quaſi communi ſuffragio fuiſſe receptas, non eſt quod miremur. Quapropter euenit, vt, aliis eas *iuris naturae*, aliis *iuris gentium* dicentibus, de hoc argumento variis inter ſe contenderint diſputationibus Iureconſulti, quas plerique nullius eſſe aiunt vtilitatis [a]). Notiſſimae earum ſunt definitiones, quas tradiderunt Iureconſulti VLPIANVS et PAVLLVS, quorum ille exceptionem vocat [b]) *excluſionem, quae opponi ſolet actioni cuiusque rei, ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum eſt.* Hic [c]) eam *conditionem* dicit, *quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* Sed cum inter Doctores lis fuerit mota, vtrum ſub his definitio-

y) *Pr. Inſt. de except. L. 12. D. de dol. et met. except.*

z) Sic et maioribus noſtris, quamuis numquam ius tot tricis inuolutum, quale Romanum iis viſum eſt, habuerint, varia tamen exceptionum genera fuere, de quibus erudite diſſerit vir illuſtris et iudicii noſtri teſtimonio ſuperior IO. GOTTL. HEINECCIVS *in element. iur. Germ. libr. III. tit. 5. §. CLXII. ſeq.*

a) VMMIVS *ad proceſſ. diſput. 8. n. 15.* MARTINI *in commentar. forenſ. tit. XI. Ord. Sax. iud.*

b) *L. 2. D. de except. et praeſcript.*

c) *L. 22. D. eod. tit.*

Digitized by Google

finitionibus contineantur et dilatoriae exceptiones, quod vt negauit ZANGERVS, ita adfirmauit HAHNIVS; exceptionem in genere definituri malumus CVIACIVM [d]) ſequi, eamque *defenſionem* vocare, *reo competentem*, [e]) et dum ad cauſas ciuiles reſpicimus, *defenſionem rei, actionem vel pro parte vel in totum elidentem aut differentem* [f]). Ex qua poſteriore definitione ſua ſponte fluunt illa axiomata, quae omnem exceptionum ciuilium naturam abſoluunt. Horum primum erit: *Nullam dari poſſe exceptionem ciuilem, niſi actio adſit, cui opponatur.* Et cum porro ex iure Romano nullae darentur actiones, niſi formulis ex legibus conceptae, hae autem ſua natura de iure Romano ſtricti iuris eſſent, niſi adiecta eſſet clauſula: *ex aequo et bono; nulla quoque exceptio erat, ſine actione ſtricto iure fundata* [g]). Deinde, quoniam exceptio directa eſt contra actionem, effectus, ſi quem habet, in eo conſiſtit, *vt vel actoris intentio prorſus elidatur, vel ſaltim condemnatio* (quae, ſi actio-

[d]) *In paratitl. ad Libr. XLIV. Dig. de except.*

[e]) *Defenſio* vocatur in *L. 52. D. de Iud. L. 11. Cod. de except. ibique* paſſim. Eleganter CICERO *in topicis: Actio eſt telum, exceptio clypeus et aries, quo actio infringitur.*

[f]) CAROL. SIGONIVS *de iudiciis Libr. I. c. XXI.*

[g]) IOSEPH. AVERANIVS *interpret. iur. Libr. I. c. XIV. n. 3.* Loquimur hic de exceptione, in *ſenſu rigoroſo* ſumta, et *ſtricti iuris* cauſſis oppoſita. Nam (I) negotiis bonae fidei inerant *ipſo iure, L. 3. D. de reſcind. vendit. L. 84 D. §. 5. de legat. L. 7. §. adeo D. de pactis. §. 30. inſtit. de except.* GERARD. NOODT, *de iuriſdict. et imperio. p. 102.* DN. PRAESES *in diſſ. de offic. iudic. p. 5.* IOSEPH. AVERANIVS *Libr. I. interpret. c. 24. n. 9. et 26.* neque opus erat praetoris auctoritate ad infirmandam actionem, et eneruandas eius vires, ſed actio ipſa ſuapte natura euaneſcebat. (II) Quae defenſiones tollebant ipſo iure actiones, *exceptiones* olim non dicebantur.

actionem ſequeretur, ferocius eueniſſe videretur) *per illam minuatur* [h]).

Vbi exceptiones poſtulandae erant.

§. VII. Quoniam autem ante iudicium de *ipſo conſtituendo iudicio* Romanis ſolebat eſſe contentio: ideo *in iure* a Praetore exceptiones, vna cum iudicibus et actionibus [i]), antequam hic verba in ius componeret, poſtulabantur, et in cauſſis ſtricti iuris impetrabantur [l]), ita vt, niſi impetraſſet reus exceptionem, condemnandus eſſet. Impetratae ſtatim actionis formulae inſerebantur, quae formula his verbis concipi ſolebat: SI. PARET. TITIVM. DARE. OPORTERE. MEVIVS. IVDEX. ESTO. EVMQVE. CONDEMNATO. Ipſum exceptiones petendi modum CICERO his declarauit verbis [m]): *Poſtulat is, cum quo agitur, a praetore exceptionem.* et poſtea *is, qui agit, iudicium purum poſtulat, ille, quo cum agitur, ait: Exceptionem addi oportere.* Quae verba certiſſimum praeſtant indicium, reum

h) Hoc declarat exceptionis definitio a PAVLLO data. *L. 22. D. de exceptionibus et praeſcript,*

i) Intererat autem hoc inter actionem et exceptionem, quod actio ſemper a Praetore poſtulanda erat, exceptio vero ſolum in ſtrictis iudiciis. IOSEPH. AVERANIVS *interpr. iur. L. I. c. XXIV. n. 30.*

l) Qua de cauſſa in *L. except. D. de except.* exceptio dicitur *conditio* inſita in actione, vt et replicatio in exceptione. *l. 6. h. t.* Hinc quoque praeſcriptiones vocabantur. *L. 91. ff. de ſolut. L. 7. D. qui ſatisdare cog.* IAC. CVIAC. *in paratit. ad Dig. tit. de except.*

m) CICERO *de inuentione libr. I. c. 20. de oratore libr. I. c. 37. Idem* auctor in *libr. II. de inuent. Atque in noſtra quidem conſuetudine multis de cauſſis fit, vt rarius incidant translationes, nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones, et ita habemus ius ciuile conſtitutum, vt cauſſa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit: quare in iure plerumque verſantur, ibi enim et exceptiones poſtulantur, et quodammodo agendi poteſtas datur, et omnis conceptio priuatorum iudiciorum conſtituitur.* B. BRISSONIVS *de Formul. Libr. V. LXXIV. p. 379.*

Digitized by Google

reum ſtatim propoſitae actioni opponere debuiſſe exceptionem, quam deinde reus, inuidiam in actorem regerens, eludere conabatur, ideoque in *iure* excipiendum fuiſſe reo, et regerendum actori ante litis conteſtationem, non in *iudicio*, quamuis ipſa exceptionis probatio, ſi modo illa actionis formula adiecta fuiſſet, ad iudicium differretur. Ne quid autem, quod ad illuſtrandum hunc veterem excipiendi modum pertineat, praetermittamus, pauca ex antiquitate repetenda eſſe, e re noſtra cenſemus, vt intelligamus, qua ratione quibusque verbis exceptiones conceperint, quicumque apud Romanos ius adminiſtrabant. Idque eo lubentiori animo ſuſcipimus, quo magis et in his formulis, vt in ceteris, quae nobis ſuperſunt, ſolenniter conceptis verbis, illum ſermonis priſci nitorem inuenimus, quem haut ſatis admirandum omnibus commendant viri purioris Romanae dictionis peritiſſimi [n]).

Quibus verbis Romani exceptiones concipiebant.

§. VIII. Varia et tam multiplex erat exceptionum concipiendarum ratio, vt ſi, quae fuerit vel ſingularum, vel plerarumque natura, hic exponendum nobis ſumeremus, aliud agendo recederemus a via, qua inſiſtere conſtituimus; quapropter breuibus hic nos expediamus. Erant vero exceptiones *conditiones* [o]), ſub quibus Praetor excludens actoris intentionem, reum a condemnatione eximebat, quam ob cauſſam conditionate, et per particulas *conditionem* innuentes concipiendas fuiſſe, facile intelligi poteſt. Quid itaque mirum, ſi in omnibus excipiendi formulis, vel

 par-

[n]) GVILIELM. BVDAEVS, *in adnot. reliq. ad Pand. p. 59. In his et huiusmodi aliis priſcis conceptionibus multa erat latini ſermonis gratia et elegantia: ſed a pauciſſimis hodie animaduerſa, cum quilibet ſibi Tullianae dictionis iudicium arroget faſtidio iniquiſſimo, et interdum putidiſſimo.*

[o]) *L. 22. D. de Exceptionibus.*

particulae SI. NON. vel EXTRA. QVAM. QVOD. AT. SI. AVT. NISI. quibus *conditiones* proponi ſolebant, deprehenduntur. Exempla ex ipſo iure collecta exhibent CVIACIVS in *obſeruationibus* [p]), et BARNAB. BRISSONIVS in libro de *formulis* [q]), quare hoc labore ſuperſedemus, vnico tantum adlato exemplo, quo illuſtrauit HEINECCIVS [r]) hanc excipiendi rationem. Sic cum intenderet actor: AIO. HVNC. HOMINEM. IVRE. QVIRITIVM. MEVM. ESSE. ſtatim addebat, qui rei cauſam agebat: ET. EGO. NEGO. QVOD. IAM. RES. IVDICATA. SIT. Sequebantur *ſponſiones* ex parte actoris: SPONDESNE. QVINGENTOS. SI. HOMO. ISTE. EX. IVRE. QVIRITIVM. MEVS. SIT.? SPONDEO. ex parte vero altera: TV. VERO. SPONDESNE. NI. HOMO. TVVS. SIT. NIVE. RES. IVDICATA. SIT.? SPONDEO. Denique et actio et exceptio inſerebantur formulae, qua iudex dabatur, hoc modo: SI. PARET. HVNC. HOMINEM. IVRE. QVIRITIVM. CAII. ESSE. NEQVE. RES. IVDICATA. SIT. SEIVS. CONDEMNETVR. Hic erat in foro Romano excipiendi ritus, in quo, quod saepius dictum eſt, formulis inhaerebant acerrime. At cum noſtris moribus non ſint recepta eiusmodi concepta et ſollemnia verborum carmina, non adeo curamus, vtrum exceptiones conditionate, nec ne, ſcriptae, an minus proferantur [s]).

Exceptionum diuiſio.

§. IX. Cum exceptiones ex tam variis, multisque cauſis fuerint neceſſariae, non potuerunt non inde oriri tot illarum

p) *Libr. V. c. XXXIV. tom. IV. op. p.* 111. *a.*
q) *Libr. V. c. LXXVI. LXXVII. ſeq. p.* 381. *it. L.* 8. §. 9. *ff. quib. mod. pignus ſolu. L. II.* §. 2. *ff. de pign. et hypoth.*
r) *Antiq. ad ord. Inſt. L. IV. t. XIV.* §. *III.*
s) IOH. ZANGER. *tract. de except. Part. I. c. III. n.* 20.

Digitized by Google

larum ſpecies [t]), vt vix quidquam in iure deprehendas, cuius plures ſint conſtitutae. Aliae ſunt *ciuiles*, aliae *Praetoriae* [u]): aliae *perpetuae* et *peremtoriae*, aliae *temporariae* et *dilatoriae*: aliae *principales*, aliae *praeiudiciales*, de quibus ſpeciebus hoc loco plurima proferre poſſemus, niſi modus adhibendus eſſet; quoniam tantum ea propter de *exceptionibus* quaedam praefati ſumus, vt nobis via pandatur ad illas, quas *praeiudiciales* vocamus, perueniendi. Itaque miſſa faciamus, quae ad exceptionum diuiſionem pertinent, et vt propius ad propoſitum noſtrum accedamus, ipſas conſideremus *exceptiones praeiudiciales*; quod vt eo rectius eueniat nobis, de vocis ſignificatu quaedam ſubiicienda ſunt, cum, vt GELLIVS eleganter ait [w],) vocum latinarum ſcientia ad enodandos iuris laqueos multum vſum praeſtet.

§. X. Dupliciter potiſſimum apud Romanos accipiebatur vox *praeiudicium*, ita, vt vel ad praeteritum, vel ad futurum tempus referretur, et nunc *praeiudicatum*, nunc *praeiudicandum* ſignificet [x]). PRAEIVDICARE autem proprie idem eſt, ac *prius iudicare*; ita hoc verbo vtitur CICERO: [y]) *Quod enim ſenatus nondum cenſuit, nec populus Romanus iuſſit, id arroganter non praeiudico, nec reuoco ad arbitrium meum.* Hinc *praeiudicium* dicitur, quicquid iuris ante dicti iudiciis exemplum aliquod adfert, quod ſequantur. Sic CICERO ait, *duobus praeiudiciis perditum*

Quid praeiudicium.

Vv vv 3

[t]) §. *6. Inſt. tit. de Exceptionibus.*

[u]) *Non dicam de illis, quas ignorauit ius Romanum, quae tamen in noſtris foris locum habent, maxime ex iuris canonici, imo et Germanici vel ſtatutarii ſuggeſtionibus.*

[w]) *Noct. Attic. Libr. XIII. c. XII.*

[x]) IACOB. RAEVARDVS *de praeiudiciis libr. I.*

[y]) *Libr. V. epiſt. ad Brutum.*

ditum ac iugulatum eſſe Opianicum [z]). Pari modo QVINCTILIANVS, [a]) praeiudicia ad probationes refert, omnemque illorum vim in tribus generibus verſari dicit, *vel in rebus, quae aliquando ex paribus cauſis ſunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur: vel in iudiciis ad ipſam cauſam pertinentibus, vnde etiam nomen ductum eſt: vel cum de eadem cauſa pronunciatum eſt, confirmarique praecipue duobus, auctoritate illorum, qui pronunciarunt, et ſimilitudine earum, de quibus quaeritur* [b]). Verum et interdum, vti diximus, *praeiudicium* ad *futurum* tempus eſt referendum, vt illud denotet, de quo prius, quam de alio negotio quaeratur, ſit cognoſcendum, ſtatuendum, decernendumque [c]). Quem et hic obtinere ſignificatum edicimus. Sed habent praeter dicta, quae *praeiudicii* vocabulo dent bene multa Iuris Conſulti, quae collecta inuenies a RITTERSHVSIO *in comment. ad Inſtit.* [d]) Ita mox opponunt praeiudicium *emolumento*, e. c. *res inter alios actas abſenti non praeiudicare* [e]: mox *fraudis* notionem cum illo coniungunt. Sic ſaepius: *Donationem nullum praeiudicium dominis attuliſſe:* [f]) *veritati praeiudicium afferre: alimentorum cauſa non facit praeiudicium veritati*, [g]) etc. Nonnumquam ſumitur pro *interlocutione iudicis*, quae ſen-

[z]) *Orat. pro Cluentio.*

[a]) *Inſt. Orat. L. V. c. II. p. 371. ed. Burmann.*

[b]) *ita* FESTVS: *Figurate ſic etiam auctores probati praeiudicium acceperunt, vt illud interdum ad res quaſi praeiudicatas, ſola imagine et quadam translatione retuliſſe videantur.*

[c]) BARN. BRISS. *de Verb. Sign. voc. Praeiudicium.*

[d]) *ad tit. XIV. L. IV. de except.*

[e]) *L. vlt. C. quibus res iudic.*

[f]) *L. 19. D. de Locat.*

[g]) *L. 10. D. de his qui ſui vel al. iur.*

Digitized by Google

ſententiam antecedit, vnde et *praeiudicialis mulcta in Cod. Theodoſ. tit. de appellat.* Praeter haec *praeiudicii* nomine et *actio* denotatur et *exceptio*. Prius declarant VLPIANI verba: [h]) *actionis verbo continetur, in rem, in perſonam, directa, vtilis, praeiudicium* etc. Poſterius patet ex inſcriptione titali in Digeſtis obuii, qui *de exceptionibus, praeſcriptionibus, et praeiudiciis agit.* Modo autem ſingulari, et quod dicunt in ſcholis, κατ' ἐξοχὴν, datum hoc nomen eſt actionibus, quibus *de ſtatu* quaeritur, quod his potiſſimum rationibus inductos ſic ſtatuiſſe legimus viros illarum rerum peritos, quod ex iis, quas dixi, ſi recte diſceptentur cauſae, plurimarum controuerſiarum dependeat deciſio. Ita enim CVIACIVS: [i]) *Praeiudicium eſt omnis ſtatus quaeſtio, quod plerumque ſequatur eam alia, veluti de hereditate, de operis, de obſequiis, de alimentis* etc. et VLPIANVS: [l]) *Quotiens vero de hoc contenditur, an libertus quis ſit, ſiue obſequium deſideretur, ſiue in ius vocetur, qui ſe patronum dicit, praeiudicium redditur* [m]).

§. XI. Cum exceptionem, omnem exceptionum campum animo complexi generatim, (§. VI.) *defenſionem* diximus reo competentem; innuiſſe ſimul videmur, nullam exceptionem dari, niſi mota ſit *actio* contra reum, ſeu, quod *Praeiudicial. except. definitio.*

[h]) *L. 37. D. de act. et obl.*

[i]) *Paratit. ad Digeſt. tit. III. Libr. 25.*

[l]) *L. vlt. D. ſi ingenuus eſſe dic.*

[m]) *it.* BRISSONIVS *de Verb. Sign. voc. praeiudic. Praeiudicium etiam vocatur quaeſtio controuerſa, cauſſa, de qua prius cognoſcendum, decernendum, priusquam de alio negotio quaeratur, propter ea, quod ei praeiudicium facit, vnde ea iudicia, quae de ſtatu perſonae redduntur, quibus diſceptatur, an filius quis ſit, an pater, an libertus, an patronus an ſeruus, praeiudicia vocantur.*

Digitized by Google

quod idem eſt, niſi adſit *cauſa* quaedam *principalis*, ob quam in ius vocatus ſit reus. Iam vero acceſſuri propius ad eum, quem conſtituimus nobis finem, *praeiudicialem exceptionem* vocamus *defenſionem*, *de qua prius iudicium ſeparatum reus poſtulat inſtituendum*, *quam de principali cauſa*, *interim ſuſpendenda*, *quaeratur*: cui addunt Dd. rationem hanc, *ne praeiudicium fiat maiori cauſae*. Idem illud IACOBVS RAEVARDVS, vir eruditiſſimus, dixiſſe videtur, dum exceptionem praeiudicialem, *defenſionem* eſſe ait, *cauſam principalem*, *ad quam pertinet*, *ita concernentem*, *vt niſi in iudicium deducatur*, *et prius ea*, *ad quam pertinet*, *cauſa definitionem accipiat*, *finis rei*, *de qua principaliter agitur*, *imponi non poſſit*. Quae verba cum egregie illuſtrent exceptionis naturam, noſtrae definitioni ſubiunximus, vt ſi quis in illa noſtrum ſtudium et diligentiam deſideret, ei alia non deſit, quae omnia exhibet ea, quibus *exceptio praeiudicialis* ab aliis omnibus dignoſci queat rectiſſime.

Axiomata inde deducta. §. XII. Ex ea autem, quam ſubminiſtrauimus, definitione prono alueo mihi fluere videntur axiomata, quae qmnem exceptionis praeiudicialis naturam abſoluunt. PRIMVM eſt: *Praeiudicialis exceptio cum principali cauſa arctiſſimo nexu cohaeret.* ALTERVM, *ab exceptione hac dependere totius litis principalis diſcuſſionem*, docet; ex quo inferimus TERTIVM: *prius eſſe iudicium conſtituendum de exceptione hac*, *quam quidquam de principali cauſa iudicetur.* Vnde QVARTVM deriuandum eſt: *tam diu reponendam eſſe et ſuſpendendam principalis cauſae cognitionem*, *donec iudicium de cauſa huius exceptionis ſit pronunciatum*; quo facto, conſtabit, vtrum actio principalis cauſae ſit adhuc admittenda, vel probata exceptionis veritate protinus reiicienda. Has concluſiones, quas ex definitione noſtra duximus, paullo accuratius conſiderabimus.

§. XIII.

Digitized by Google

§. XIII. Quod *ad primum* attinet axioma, praeiudicialem exceptionem cum cauſſa principali arctiſſimo vinculo eſſe connexam, nihil eſt quod monere poſſimus, cum neminem futurum credo, qui de eius veritate dubitet; modo perpenderit, ea inter ſe *connexa* dici, quorum vnum alterius continet rationem. Cui notioni cum et Philoſophi et Iure conſulti inhaereant, nihilo plus quam actum ageremus, ſi ea, quae non ſexcenties, ſed millies a Philoſophis decantata ſunt, hic prolixiore demonſtratione repetere vellemus. Eadem eſt inter *exceptionem praeiudicialem* et *principalem cauſſam* relatio, quae *conditionem* intercedit et *conditionatum*. Igitur vt ex conditione omnia, quae ex illa ſequuntur, diiudicantur; ita et ex exceptione, (quae re vera conditio eſt §. VII.) prout illa vel vera vel falſa a iudice deprehenditur, actiones et principale iudicium determinantur.

Praeiudicialis exceptio connexa eſt cum principali cauſſa.

§. XIV. Dependet ergo a praeiudiciali exceptione *principalis negotii diſcuſſio*, quod alterum noſtrae definitionis axioma conſtituimus. Teſtantur hoc, quot ſunt in iure noſtro huius exceptionis exempla, et quoniam ingens illorum numerus et in *Digeſtis* collectus reperitur, et plura adhuc *Codicis* tituli *de cognitionum et iudiciorum ordine* ſubiiciunt, certe ſi in illis explicandis deſudaremus, verendum nobis eſſet, ne ſuffeni videremur, vel ſaltim ab aliis dicta iam ſatis, diceremus. Igitur vnum potius atque alterum ex multis proferamus. Finge tibi hominem, ab alio, tamquam *liberto* ſuo, operas poſtulantem, easque coram iudice exigentem, reum *ingenuum* ſe profitentem: hoc facto reponenda ſtatim eſt *principalis actio*, qua operas exigit, et *iudicium de ingenuitate* conſtituendum. Quodſi enim ille homo *liber* et *ingenuus* declaretur, ſimul quoque gaudebit, quotquot ſunt, ingenuitatis libertatisque priuilegiis.

A praeiudiciali exceptione dependet totius negotii principalis diſcuſſio.

Digitized by Google

Quodſi contra quis pronuncietur *ſeruus*, heu! quam illi accedet ſimul omnium malorum et infortunii agmen acerbiſſimum? quodſi autem *libertus* cognoſcatur, et ſimul omnia, quae libertus debet patrono officia, et colendi et faciendi neceſſitatem ſibi deprehendet impoſitam, quae quam late pateant, antiquitates Romanae docent. Aliud exemplum nobis ſuppeditat GAIVS [n]). Fingit, actione *familiae erciſcundae contendere* actorem, vt ſibi hereditatis pars adiudicetur: reo ſuadet *exceptionem* SI. EA. IN. RE. QVA. DE. AGITVR. PRAEIVDICIVM. HEREDITATI. NON. FIAT: et ſimul oſtendit, omne actoris ius per illam exceptionem praeiudicialem determinari, qua iudicata conſtabit, vtrum coheres ſit actor, an vero ſpem, quam animo conceperat, miſſam facere debeat, ſeque inanibus ſumtibus ipſum vexauerit.

Exceptio praeiud. condemnationem non requirit. §. XV. Ex hoc arctiſſimo inter *praeiudicialem* et *principalem* cauſſam vinculo, quod adeo indiſſolubile eſt, vt, ſi de vna tantum ſit pronunciatum, alterius ſimul quaeſtionis facta ſit deciſio, repetendam eſſe rationem cenſeo, qua de praeiudiciis dicitur, *quod non ſemper requirant condemnationem.* Exempla, quae §. *praec.* dedimus, et hanc rem illuſtrant. Quodſi enim quis patrono, operas exigenti, opponat, *ſe ſe ingenuum eſſe:* praeiudicium de ingenuitate eſt conſtituendum. Iam ſi iudex, cognita praeiudiciali exceptione, de *praeiudicio* vel de *principali* cauſſa pronunciauerit, ſemper de *vtroque* pronunciatum eſſe intelliges. Quodſi reum *ad operas* condemnauerit, ſimul illum in *praeiudicio* victum reperies. Abſoluat denique eumdem, et ſimul in praeiudicio ſecundum reum litem fuiſſe determinatam videbis. Sed quid exemplis opus eſt, vbi ipſa adſunt Iureconſultorum et legiſlatorum verba? THEO-

n) *L.* 1. §. 1. *D. fam. erc.*

Digitized by Google

THEOPHILVS paraphraſtes manifeſto id docet, o) dum generatim praeiudicium *formulam* vocat, *ſola intentione conſtantem, non condemnationem in ſe habentem.* Et Imperator ALEXANDER ita hanc quaeſtionem dirimit p): *Si de hereditate mihi controuerſia eſt, et poſſeſſor hereditatis me ſeruum dicit, praeiudicabitur omnino cauſſa libertatis; ſufficit vero ei, qui libertate vtitur ad victoriam, de hereditate ſecundum illum eſſe pronunciatum.* Neque haec ratione ſunt deſtituta; breuibus enim et paucis, vnica nimirum pronunciatione, omne ſi abſolui poteſt negotium, circuitione quid opus eſt et anfractu? Ceterum tota res eo redit, vt iudicis in manu poſitum eſſe intelligamus, vtrum praeiudicio *condemnationem* adiicere, an de principali cauſſa cognoſcere malit. Peculiaris hoc in argumento RAEVARDI q) eſt ſententia, qui hanc rem in puluerem ſecans ſubtiliter diſtinxit *inter praeiudicia, quae in rem ſunt,* et quae *in rem eſſe videntur;* haec non requirere putat condemnationem, illa autem ſemper ſecum trahere exiſtimat. Exemplo rem illuſtrauit ſequenti: *Cum enim,* inquit, *per tuum fundum ad meum fundum viam peto, ſi fundum, ad quem viam peto, non meum, ſed tuum eſſe contendis, fundo neceſſum eſt fieri praeiudicium, non autem ſine praeiudiciali pronunciatione. Pronuncians enim,* ſic pergit, *iudex de cauſſa principali, puta viam deberi, non idcirco pronunciat, eius, cui via debetur, fundum eſſe, ad quem via petitur.* Quae omnia quamuis ſic ſe habuerint in Romanorum foris, tamen in noſtris foris vix vllum praeſtant vſum, cum ſeparatam hodie quaeuis cognitio efflagitet ſententiam.

 §. XVI.

o) *Inſt. §. 13. de Actionibus:* ἔστι τύπος ἰντεντίωνος μόνης συγκείμενος, οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ.

p) *L. 2. C. de ord. cogn.*

q) *de praeiudiciis lib. I. c. XV.*

Prius de except. praeiudiciali eſt iudicandum, quam de cauſſa principali.

§. XVI. Quoniam igitur ab exceptione praeiudiciali dependet principalis cauſſae diſcuſſio, quilibet facile intelligit, cur de exceptione praeiudiciali aſſeramus, *quod prius iudicium de ea, quam de cauſſa principali, cui eſt contraria, ſit conſtituendum.* Eſt enim haec ſuprema methodi naturalis et communis philoſophorum lex, vt ordine praecedant, ex quibus intelligi poſſunt ſubſequentia. Quid igitur Iureconſultis veram, non falſam affectantibus philoſophiam, antiquius fuiſſe credamus, quam vt eumdem ordinem, quem natura omnibus praeſcripſit, in iudiciis ordinandis accurate ſequerentur? Quare ne quid praepoſtere in conſtituendo cauſſarum ordine egiſſe viderentur, ad hanc exiſtimamus normam eum direxiſſe homines prudentes: *vt prius iudicentur, quae ceteris lumen affundunt* [r]). Hinc recte feciſſe Praetores exiſtimamus, cum in eiusmodi cauſſis connexis actoribus *puram* denegarent actionem, reisque ſui copiam facerent, dum vel exceptione praeiudiciali ſuccurrerent, vel praeiudicium ei reddituros promitterent, id eſt, ſe iudici praeſcripturos eſſe, de qua re prius ſit iudicandum. Quae omnia certiſſimum praebent indicium, praeiudicialem exceptionem vel in actionem et *ſeparatum iudicium* fuiſſe transmutatam, vel vt plurimum *incidenter* propoſitam. Quodſi prius litigantibus placeret, tunc non a *Praetore*, vt quidam putarunt interpretes, ſed a *iudice* ex *praetoris formula*, de illa erat iudicandum, prout erudite contra ACCVRSIVM, et qui eum ſecuti ſunt, obſeruavit vir, de Romana iurisprudentia meritiſſimus, IACOBVS RAEVARDVS [s]). *Ecce*, inquit, *ſi, cum a te fundi Tusculani fructus peterem, tu fundum Tuſculanum tuum diceres, nonne*

[r]) IO. NIC. HERTII *diſſ. de ordin. cauſſar. in iudicio tractandarum*, §. 11.

[s]) *de Praeiud. lib. I. c. XI.*

nonne prius de fundi proprietate iudicandum erit, quam fructuum poſſit tractari condictio? Igitur quomodo Praetor actionem daturus eſt? purene? non vtique: ſed addita exceptione, quam in terminis ſuis non permanentem, ſed in naturam et ordinem actionis transmigrantem Praetor hunc in modum daturus eſt: SI. PARET. FVNDI. TVSCVLANI. FRVCTVS. SCAVRO. DEBERI. SI. PRAEIVDICIVM. FVNDO. NON. FIAT. *ſecundum ea, quae c. 18. de except.* AFRICANVS *refert.* „*Si fundi eius,* ait, *quem tu poſſides, et ego* „*proprium meum eſſe dicam, fructus condicere tibi velim,* „*quaeſitum eſt, an exceptio* QVOD. PRAEIVDICIVM. FVN„DO. PARTIVE. EIVS. NON. FIAT. *obſtet, an deneganda* „*ſit? et vtrobique putat Praetorem interuenire debere, nec* „*permittere petitori, priusquam de proprietate conſtet huius*„*modi iudiciis experiri.*„ *Haec* AFRICANVS. *Si igitur actor purum poſtularit iudicium, nimirum fructus deberi, et reus exceptionem hanc addendam contenderit,* SI. PRAEIVDICIVM. FVNDO. PARTIVE. EIVS. NON. FIAT. *hoc eſt, vt* AFRICANVS *interpretari videtur, ſi non de fundi proprietate prius iudicandum ſit, vtrobique interueniet praetor, reo nimirum pariter et actori ſui auxilii facturus copiam; non pure, ſed addita, quae in praeiudicium tranſitura eſt, exceptione actionem tribuens.* Aliud exemplum VLPIANVS [1]) dedit, dum fingit, hominem bona fide poſſediſſe hereditatem, eumdem vero hereditatis partem bona fide diſtraxiſſe, neque vero pretio, (dum illud aut ſors, aut infortunium abſtulerit) factum eſſe locupleteiorem, non multo poſt, cum nondum vſucaptae ſint ſingulae hereditatis res, vero heredi innoteſcere ius ſuum hereditarium, illumque, diſtractas res vindicaturum, poſſeſſorem earum in ius vocare. Quaerit ſubinde, an non res hereditarias vindicans repelli poſſit exceptio-

[1]) *L. 25. §. 17. D. de heredit. pet.*

ceptione, *quod praeiudicium non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit.* Alia exempla congeſſit laudatus HERTIVS *in diſſertatione de ordine cauſſar. in iudicio tractandarum.*

Cauſſa principalis in ſuſpenſo habenda eſt, donec praei. except. definitionem acceperit.

§. XVII. Cum ex hactenus dictis conſtet, per *ſeparatum iudicium* praeiudicialem cauſſam huius exceptionis fuiſſe dirimendam, recte inferimus, quod quarto loco poſuimus axioma: *In ſuſpenſo habendam eſſe cauſſam principalem, donec de praeiudicio lis fuerit finita, neque de principali cauſſa actionem ante praeiudicii determinationem efficaciter natam cenſeri* v). Non enim permittunt leges actionum cumulationem, vbi conſequens ſine antecedente explicari nequit, et vbi verendum eſt, ne vna actio alteram impediat, vel vt imperatores loquuntur, *perſtrepere* poſſit w). Hac de cauſſa notanter leges conſtituunt, hac exceptione actorem *excludi*, ſeu interim repelli a perſecutione cauſſae principalis, donec praeiudicium finitum ſit. Id indigitat CAIVS x) aiens: *ſi is, qui poſſidet, neget, eum ſibi coheredem eſſe: poteſt eum* EXCLVDERE *per hanc exceptionem: ſi in ea re, de qua agitur, praeiudicium hereditati non fiat.* Eumdem in ſenſum accipiendus eſt pontifex y) in deciſione hac: *inquiſitioni tuae taliter duximus reſpondendum, quod cum, exceptione* conſanguinitatis *probata, quaeſtio principalis perimatur, ante eſt cognoſcendum de ipſa, quam ad definitionis articulum procedatur.* Ex quibus omnibus vltimo loco inferimus, exceptionis praeiudicialis diſcuſſionem operari *exceptionem rei iudicatae* in cauſſa principali. Et hae ſunt iſtae ex definitione noſtra

v) *L. 2. et 3. C. de Ord. Cognit.*
w) *L. 33. C. ad L. Iul. de adulter.*
x) *L. 1. §. 1. D. famil. herciſc.*
y) *c. 1. X. de ord. cognit.*

Digitized by Google

noſtra hauſtae concluſiones, quas adeo exceptioni praeiudiciali proprias deprehendes, vt, ſi tibi vel totum ſumas inſpiciendum exceptionum gregem, non inuenias, cui id tribuere poſſis, quod dedimus praeiudicialibus. Hinc veram eſſe *regulam*, quam tradunt Iureconſulti [z]), intelligimus, *quod, quotieſcunque reus conuentus obiiciat ea, quae prius probanda ſunt, quam actionis intentio, toties adeſſe debeat exceptio praeiudicialis.* Ea enim ceterarum exceptionum ratio habetur, vt non prius de illis cognoſcatur, quam ſi actionis fundamentum aliqua ſaltim ex parte ſit probatum. Actor enim vel probat actionis fundamentum, vel non; quodſi probare illud non poſſit, nec opus eſt, vt de *exceptionibus* cognoſcatur; ſi vero probauerit, tunc demum de exceptionibus eſt iudicandum, videndumque, vtrum ſint admittendae an potius reiiciendae [a]). Quae aliter ſe in noſtra exceptione habere, euictum iam ſatis eſſe credo.

§. XVIII. Expoſita iam, prout vires ſuffecerunt, *exceptionis praeiudicialis* natura atque indole, videndum nobis adhuc erit, ad quod *exceptionum genus* eam aptiſſime referri poſſe credamus. Duo potiſſimum exceptionum genera conſtituunt Iureconſulti; quorum alterum *dilatorias* ſeu *temporales:* alterum *peremtorias* ſeu *perpetuas* complectitur. *Temporales* et *dilatoriae* vocantur, quae ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt. *Verzögerliche Schutz-Reden. Perpetuae* et *peremtoriae* ſunt, quae ſemper rem, de qua agitur, perimunt. *Zerſtörliche Schutz-Reden* [b]). Ad quodnam vero genus *exceptio praeiudicialis* eſt referenda? Plerique interpretum eam *dilato-*

Vtrum Exceptio praeiud. dilatoriis an peremtoriis ſit adnumeranda?

riis

[z]) VDALR. ZASIVS *ad Tit. inſt. de except. §. 13.*

[a]) *L. 19. C. de Prob.*

[b]) *Inſt. §. 8. 9. 10. de Except. L. 3. ff. t. eod.*

riis accenſent [c]). Verum cum illam accuratius conſideramus animo, haut raro euenire animaduertimus, quod illa totam perimat litem, idque toties fieri cognoſcimus, quoties reus in exceptione victor decedit, quod efficit, vt illi iure optimo etiam locum inter *peremtorias* vindicare non dubitemus. Quam vim cum non ſemper habeant, nec iis inter peremtorias fixam ſedem dare poſſumus; qua de cauſſa nihil aliud ſupereſt, quam vt eas ad *anomalas* potius referamus, quarum ea eſt natura, vt modo *dilatoriae*, modo *peremtoriae* ſint, et ex vtriusque natura aliquid participent, prout probatae ſunt, vel reiectae. Eo enim caſu, quo actor eam non ſatis probare, nec extra omnem dubitationis aleam ponere valet, ad *dilatorias* referri poſſe praeiudicialem hanc exceptionem, nullum eſt dubium. Reiecta enim illa, de principali negotio cognoſcitur, neque quidquam aliud commodi reo euenit, quam vt intelligat, iudicium aliquantisper fuiſſe dilatum, ſibique periculum imminere, vt reiecta exceptione in *expenſas* condemnetur.

Vtrum ante L. C. ſit opponenda, et illi euentualiter L. C. ſubiungenda.

§. XIX. Supereſt, vt prius, quam hoc argumentum dimittamus, adhuc inquiramus, *quonam tempore* exceptio praeiudicialis in iudiciis ſit opponenda. Variam autem nec ſemper eamdem eſſe exceptionum in iudiciis proferendarum rationem, ex eo conſtat, quod diuerſum in *dilatoriis*, et rurſus diuerſum in *peremtoriis* obtineat. De dilatoriis exceptionibus notum ſatis eſt, eas, ſecundum commune ius, quouis tempore ante *litis conteſtationem* opponi poſſe et probari; [d]) neque enim ex legibus Romanis prius litem conteſtari tenetur reus, quam exceptionibus ſuis fuerit ſatisfa-

c) IO. ZANGER, *in tract. de except. P. II. c. X.*
d) *L. 22. ff. de except. L. 13. eod.*

Digitized by Google

tisfactum plene [e]). *Peremtoriae*, quamuis olim in ſtricti iuris iudiciis formulae insererentur: tamen leges iuris communis permiſerunt, vt poſt litem conteſtatam referri atque opponi queant [f]). Probatio vero illarum differebatur, donec actor intentionem ſuam probauerat [g]). Verum cum noſtra exceptio ad vtrumque genus referri poſſit, merito quaeritur: vtrum ante litis conteſtationem an poſt illam ſit opponenda? Atque eam ante litis conteſtationem opponi ſemper debuiſſe, non eſt quod dubitemus, cum eius cognitio totum de *principali cauſſa* iudicium praecedat, neque ſecundum ius commune reus ad litem conteſtandam in cauſſa principali adſtringi poſſit, donec de ea cognitum fuerit. Aſt poſtea quam et *receſſu imperii de anno* cIↃIↃCLIV. et plerisque *proceſſuum ordinationibus* conſtitutum eſt, vt omnes dilatoriae exceptiones in primo termino ſub poena praecluſi proponantur, adeo vt hac in re neque rei neque iudiciis arbitrio, vti olim obtinuit [h]), quidquam relictum ſit; neceſſarium quoque eſt, vt eae in primo termino opponantur actioni. Et cum iisdem quoque legibus cautum ſit, vt exceptionibus euentualis adnectatur litis conteſtatio [i]), reum conſulere ſuis rebus cenſeo, ſi et prae-

[e]) *L. 19. C. de Prob.* MARTINI *comm. forenſ. ad ord. proc. Sax. tit. XI. §. 1. n. 79.*

[f]) *L. 4. et 8. C. de except.* PRAES. *in Iur. Eccl. tom. II. tit. XXV. §. 8.*   [g]) PRAESES *l. c.*

[h]) *c. 4. X. de except.*

[i]) Quod cum ad abbreuiandos litium anfractus multum conducat, ſtricte obſeruant fora Saxonica, vid. MARTINI in *comm. ad ordin. iud. Saxon. tit. XI. Ord. Proc. Magdeb. c. XVII. §. 1.* et *ordinat. de die 21. Iun. 1713.* qua Rex noſter clementiſſimus, vt nefariae iſtae, quibus iuſtitiae curſus impeditur, circuitiones praeſcindantur, conſtituit: *Weil auch der Lauf Rechtens durch die unnöthige dilatoriſche Ein-*

praeiudiciali exceptioni eamdem ſubiungat, quippe quae, ſi exceptione vicerit aduerſarium, illi praeiudicio eſſe nequit. Si vero litem non fuerit conteſtatus, neque exceptione actorem remouerit, nihil certius eventurum illi credo, quam vt hac iudicis ſententia condemnetur: *Daß Beklagter ſeines Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage ſub poena confeſſi et conuicti ſich einzulaſſen, und weil er ſolches anietzo nicht gethan, die Unkoſten des Termins, ſo hiermit auf etc. etc. zu mäſſigen, Klägern zu erſtatten ſchuldig* [l]).

De actionibus praeiudicialibus. §. XX. Haec ſunt quae de *exceptione praeiudiciali* generatim, priusquam alterum diſſertationis noſtrae caput aggrederemur, praemonenda eſſe cenſuimus. Vnum adhuc huic argumento ſubiungere liceat. Diximus iam ſupra, praeiudicia et *exceptionum* nomine, et *actionum* in iure contineri, et cum de exceptionibus iam locuti ſimus, nunc *actiones praeiudiciales* conſideremus neceſſe eſt. Loquitur de iis Imperator in *Inſtitutionibus* §. *XIV. de Actionibus*, easque hoc nomine denotat, quibus de alterius *ſtatu ciuili* disceptatur. Cum vero omnis de *ſtatu* quaeſtio aut ſit de *libertate*, aut de *ingenuitate*, aut de *ciuitate*, aut de *familia*, totidem quoque praeiudicialium actionum ſpecies ſunt conſtitutae, quae ab Imperatore loco citato recenſentur [m]). In denominationem harum actionum diuerſis modis

würffe am meiſten unterbrochen wird, ſo ſoll hinkünftig nach geſchehenem Vortrage der Beklagte alle und iede exceptiones dilatorias, deren er ſich zu bedienen vermeinet, zugleich opponiren, und euentualiter auf die Hauptſache mit antworten; würde aber iemand dieſem nicht nachkommen, und nach der litis conteſtation einige dilatoriſche exceptiones vorſchützen wollen, ſo ſoll er damit ferner nicht gehöret werden.

[l]) B. STRYK in *Diſſ. de euentual. lit. Conteſt.* §. 18.

[m]) De quibus omnibus plene diſſerit VINNIVS, et quotquot eruditis commentariis Inſtitutiones illuſtrarunt.

dis ab eruditis inquiritur. Putant enim alii, *praeiudiciales* eas vocari, quia harum iudicium ceteris omnibus praecedere debeat: alii, quia aliis cauſſis quandoque praeiudicium adferunt; nec deſunt, qui eas ea propter ſic dictas arbitrentur, quoniam vt aliis cauſſis praeiudicium faciant, ex profeſſo inſtituuntur [n]). CVIACIVS ob argumenti grauitatem hoc nomen illas exigere docet [o]). *Cauſae liberales, inquit, ea propter praeiudicia vocantur, quod iudiciis liberalibus nulla grauiora eſſe poſſint, vt merito obſtent ceteris litibus futuris, vel de alimentis, vel de operis, obſequiis, vel de rei vindicatione, vel de hereditate, vel de crimine, eisque praeiudicium faciant, non etiam ipſa patiantur per eas, ſi forte praeceſſerint.*

§. XXI. Verum inficias ire non poſſum, mihi magis arridere RAEVARDI ſententiam, quam a communi Doctorum opinione ſegregatam habet. Argumentis vir laudatus ſuo pondere haut deſtitutis, declarat, *non omnes, quibus ſtatus conditionisue quaeſtio mouetur, actiones praeiudiciales nominari poſſe, ſed eas demum hoc nomen mereri, quas cauſſa aliqua principalis praeceſſerit, ad quam vt exexceptiones pertinent*, adeo vt actiones praeiudiciales ſint exceptiones in iudicium deductae. Ipſa viri inſignis verba hic inſerere iuuabit [p]): *Vt vnum de tot erroribus, quibus inuoluti ſunt interpretes, recenſeam, exiſtimant illi actiones omnes, quibus ſtatus conditionisue quaeſtio tractatur, praeiudiciales nominatas; quo nihil poteſt dici abſurdius.*

Raeuardi de illis peculiaris ſententia.

 Quomodo

[n]) ARNOLD. VINNIVS *in Comment. ad Inſt. §. 14. de Act.*

[o]) *in Paratitl. ad tit. D. de liberali cauſſa,* et *in notis ad Inſtit. tom. I. oper. pag. 62.* haec nobis exhibet: *Impediunt enim de alimentis vel de criminibus aut bonis, vel aliud quodlibet iudicium, et praeiudicium denique aliis iudiciis faciunt, non etiam patiuntur.*

[p]) *De praeiudiciis libr. I. c. XII.*

Digitized by Google

Quomodo enim liberalia iudicia ab actionibus illis differre aliter dixeris, quam quod hae ad cauſſam aliquam pertineant, indeque nomen acceperint; illa vero quum per ſe ſtent, cauſſae nullius reſpectu tractentur. Igitur ſine praeiudiciis ſubſiſtunt iudicia, ſine quibus praeiudicia non ſubſiſtunt. Idque mihi viſus eſt diuus AMBROSIVS *voluiſſe, ſic de interpellat. libro II. c. 3. ſcribens: Non enim patitur praeiudicium cui non eſt iudicium. Itaque ad ingenuitatem et iudicio et praeiudicio proclamari ſolet: iudicio, ſi eius, qui pro ſeruo detinetur, nomine, domino liberalem quis ſcribat dicam, quo pertinet titulus de liberali cauſſa, in quo ne ſemel quidem praeiudicii mentio fit; praeiudicio, ſi quum patronus in ius libertum duxiſſet, ille ſe declararet ingenuum, quo caſu quod prius de liberti quam patroni intentione iudicetur, ideo ad ingenuitatem praeiudicio fieri proclamatio dicitur. Et eo haut dubie referendus eſt de actionibus praeiudicialibus Iuſtiniani locus, ſub tractatu de actionibus Inſtit. Libr. IV. Non inde ergo praeiudiciales actiones dictae ſunt, vel quod in iis magnum praeiudicium vertatur, vel quod aptae ſint aliis praeiudicare cauſſis, vel denique quod per illas impediri videatur, ne praeiudicium feratur, vt plurimi ſomniarunt; verum inde potius, quod prius ad quas pertinent cauſſas per datum iudicem expediantur etc.* Cui ſententiae (ſi modeſtius fuerit prolata) conuictus ſubſcriberem, niſi communis interpretum doctrina vtique in foro eſſet recepta, quae omnia nunc ambitioſius inquirere et in digitos mittere, nihil attinet. Quare hanc potius diſputationis noſtrae ſtatuimus finem, et ad praecipuum opellae noſtrae caput progredimur.

CAPVT

Digitized by Google

CAP. II.

DE EXCEPTIONE PRAEIVDICIALI IN CAVSSIS CRIMINALIBVS.

ARGVMENTVM.

I. Tranſitio. II. Romanis delicta ſunt duplicis generis, α) priuata, β) publica. III. Publica quamuis a priuatis diuerſa ratione iudicarentur, reo tamen in his iudiciis concedebantur exceptiones. IV. Inter has eſt praeiudicialis. V. Variis praeiudiciis remoueri poterant accuſatores. VI. Id quod et in Germanorum publicis iudiciis obtinebat. VII. Imitabantur Germani in his iudiciis Romanos. VIII. Vsque dum inquiſitorius proceſſus introductus eſt, qui tamen reis excipiendi facultatem ſaluam reliquit. IX. Regulae traduntur de iudiciorum ordine. X. De crimine prius cognoſcendum regulariter, quam de ciuili cauſſa. XI. Nonnumquam ob exceptionem praeiudicialem, prius iudicatur de cauſſa ciuili, quam criminali. XII. Id quod exemplis illuſtratur. α) In crimine plagii, β) ſi de vi publica agitur. XIII. In crimine turbae publicae. XIV. In crimine bigamiae. XV. Crimen per exceptionem praeiudicialem in iudicium deductum praeiudicatur crimine principaliter moto, quod illuſtratur exemplo. XVI. De iudice competente in exceptione praeiudiciali, vel ciuili et criminali, XVII. vel criminali et eccleſiaſtica. XVIII. De abuſu exceptionis praeiudicialis.

§. I.

Cum vsque adhuc de *exceptionibus* et *praeiudiciis* diſputauimus, et generatim quaedam, de origine et antiquitate harum rerum, iudiciorum priuatorum apud Romanos *Tranſitio.*

Digitized by Google

nos forma, aequitatisque et neceſſitatis in concedendis exceptionibus confinio, et quae ſunt huic generi ſimilia, contemplati ſumus; attuliſſe ea nobis videmur, ſine quibus reliqua vel plane non, vel incertius ſaltim intelligi poſſunt. His itaque veluti fundamentis poſitis, quibus ea, quam nobis ſumſimus pertractandam, doctrina de *exceptionibus praeiudicialibus in cauſſis criminalibus* ſuperſtrui debeat, iam manus operi diligentes admoueamus, et ad finem perducere conemur, quem tunc demum attigiſſe mihi videbor, ſi planum fecero, primo Romanos, et iuſtos illos homines, maiores noſtros, neque ignoraſſe hoc exceptionum genus, neque vſum earum in cauſſis capitalibus neglexiſſe, et deinde ſecundo loco exemplis demonſtrauero, quem vſum, quemque inſignem in cauſſis, quae hodie aguntur, *criminalibus* habere ſoleant, effectum.

***Romanis duplicis** generis **erant** delicta, **priuata**, et **publica**.*

§. II. Promiſſa vt impleamus, fidemque datam exſoluamus, rituum, qui apud Romanos olim obtinuerunt, ſtudioſi, praecipuos ex iis, qui huic loco et argumento conueniunt, expendamus. Primum igitur, quod Romanis non omnia delicta paria fuerint, neque vno eodemque modo in illa animaduerſum, nemini, qui eorum fora perluſtrauit, ignotum eſſe poteſt. Semper enim, quot quot erant harum rerum periti, πολυθρύλλητον illud Stoicorum decretum, quo omnia *peccata aequalia* fuiſſe, veluti e ſublimi loco pronunciabant, deriſui habebant. Quis enim eorum crediderit,

> *Tantundem vt peccet idemque*
> *Qui teneros caules alieni fregerit horti*
> *Et qui nocturnus diuum ſacra legerit* *).

Quare magnum ſemper inter delicta diſcrimen admittebant, quorum alia erant *priuata*, alia publica ipſa iudicandi

*) HORAT. *lib.* I. *ſatyr. III.*

di ratione diuerſiſſima. Priuata quibus et *maleficiorum* nomen erat [b]), ea dicebantur, ex quibus agebat *forenſi actione* [c]) ille, qui vel dominus erat, vel cuius, (quod leges habent, [d]) intererat, delictum non eſſe commiſſum. Quorum perſecutionem omnia cum ceteris *ciuilibus actionibus* communia habuiſſe, quum conſtet; neque diuerſam fuiſſe *excipiendi* rationem legimus. Quare et in his cauſſis praeiudicialibus exceptionibus locum fuiſſe ſtatuimus.

§. III. A priuatis maxime differebant *delicta publica* ſeu crimina, [e]) quae grauius prae ceteris reipublicae ſalutem offendiſſe, Romanis videbantur, ac de quibus publicae exſtabant leges [f]). Haec vbi in iudicium veniebant, ac animaduertendum erat publica vindicta in hominem ſceleſtum, eorum et perſecutio, totusque agendi modus, priuatorum delictorum diſcuſſionis adeo erat diſſimilis, vt nec per actiones ordinarentur, neque quidquam ſimile haberent cum illis, magnaque eorum eſſet diuerſitas et in *inſtituendo* et *exercendo* [g]). Quod inſigne quamuis inter *iudicia publica* et *priuata* intercederet diſcrimen; nihilominus tamen

Publica quamuis a priuatis diverſa ratione iudicarentur, reo tamen in his iudiciis concedebantur exceptiones.

b) *Pr. Inſt. de. Obl. quae ex delicto naſc.*

c) Hae actiones erant vel *ciuiles*, veluti iniuriarum ex L. Cornel. et damni ex L. Aquil. et furti nec manifeſti: vel *honorariae*, vt furti manifeſti, et bonor. raptorum vel etiam iniuriarum ex Praetoris edicto. IAC. CVIAC. *in paratitl. ad D. Libr. XLVII. tit. 1.*

d) *§. XIII. Inſt. de Obl. quae ex delict. naſc.*

e) *Delicta* enim proprie ſunt *priuata*, *crimina* publica. *L. 131. in f. de V. S.*

f) *L. 1. D. de publ. iud.* Non omnia iudicia, in quibus vertitur crimen, *publica* ſunt, ſed ea tantum, quae ex legibus *iudiciorum publicorum* veniunt, vt Iulia Maieſtatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de Sicariis et venef. conf. CAROL. SIGONIVS *Libr. III. de iudic. cap. II.*

g) *Pr. Inſt. de publ. iud.*

Digitized by Google

men et homo, in rempublicam iniquus, defenſionum ope, et famae, et capitis periculum propulſare poterat. Crudele enim atque inhumanum, et a iuſtitia, ſanctiſſimo iudiciorum fine, valde fuiſſet alienum, in leuioribus cauſſis tot, tamque varias reo concedere exceptiones, eidem vero illas denegare in *iudiciis*, vbi non, vt Doctores loquuntur, de glande legenda, non de calce fodienda, non de partibus lucri ex ſocietatis contractu debiti, non de tribus peſtumi capellis, neque de tritico cum oleo legato, ſed de fortuna, fama, et ſanguine hominis, quibus nihil eſt in orbe terrarum praeſtantius, diſceptatur. Quare ſi vnquam reo concedendae fuerunt et admittendae exceptiones, quibus, vel feroces iſtas actiones prorſus elidere, vel ſaltim capitalem iudicum ſententiam emollire aut ſuſpendere poſſet, in his profecto tam arduis et maioribus cauſſis illi non erant denegandae. Neque fuerunt Romani tam immanes, vt repellerent reorum defenſores, quin potius magnum eorum numerum admitterent, vltroque reis, quoquo modo poſſent, ſe defendendi darent poteſtatem [h]).

Inter quas et exceptio praeiudicialis locum habebat.

§. IV. Exceptiones *praeiudiciales* igitur, cum iuxta cum ceteris ipſam naturalem aequitatem, prout *cap.* I. oſtenſum eſt, habeant veluti auctorem; vſus illarum in his graviſſimis

h) Pluribus hoc oſtenderunt illi ingenio et doctrina praeſtantiſſimi viri, qui antiquam iudiciorum formam (rem hercle ancipitem et dubiam) obſcuriſſimisque antiquitatum inuolucris obtectam non ſine maxima nominis ſui gloria illuſtrarunt. Horum praecipui ſunt BARNAB. BRISSONIVS, qui de hoc argumento *c. I. Libr. II. antiq. ſelect.* egit. CAROLVS SIGONIVS qui de veterum iudiciis duos compoſuit libros, quorum alterum formam priuatorum, alterum publicorum iudiciorum ſiſtit, quibus merito iungendus IOH. GOTTL. HEINECCIVS, qui *libr. IV. Antiq. Rom. tit. XVIII.* hoc argumentum erudite, id eſt, vt adſolet, explanauit.

Digitized by Google

viſſimis cauſſis, quae publicis iudiciis agebantur, nequaquam negligi poterat. Immo illas ceteris frequentiores fuiſſe, neſcio an non colligi poſſit ex antiquitatum documentis iudiciorumque apud Romanos publicorum forma, qua nihil tam adcommodatum ad rei ſalutem, nihil tam conueniens expediendi ſe laqueis fuiſſe conſtat, quam defendere ſe *exceptionis* huius praeſidio praeſtantiſſimo. Quemadmodum enim haut leui macula adſpergebatur vitae integritas, ſi cuius nomen inter reos fuerat receptum; id quod colligi licet ex *veſtium mutatione:* ita egregie rebus ſuis conſuluiſſe videbatur, ſi quis actori opponebat *exceptionem praeiudicialem*, cuius hic erat inſignis effectus, vt, ſicuti in ciuilibus cauſſis reus ex iure Romano litem conteſtari non teneretur, niſi exceptio haec fuiſſet remota: ſic et accuſatus non prius inter reos reciperetur, niſi iudicium de exceptione fuerit conſtitutum, atque definitum [i]).

Hinc variis praeiudiciis remoueri poterant accuſatores.

§. V. Varia autem ratione *praeiudiciis* ſubmoueri poterant accuſatores in Romanorum iudiciis. Primo enim quoniam Romani nihil praeſtantius putabant, quam integrum eſſe vitae, ſceleriſque purum, adeo vt bis illis mori videretur, qui famam amiſiſſet; admodum prouidi erant in eiusmodi cauſſis, quae tantum ponderis habebant, vt Romani ciuis caput, vel fama in diſcrimen veniret. Quare cum ſcirent, homines ſceleſtos non raro linguam manumque alere ciuium ſanguine, atque fauce improba iurgii cauſſam inferre ſanctiſſimis moribus, non quemuis ad accuſandum proſilire patiebantur, ne effraenata accuſandi licentia in calumniam abiret. Hinc eam ipſam ob cauſſam repelleban-

[i]) VLPIANVS *L. 15. §. 7. ff. ad L. Iul. de adulter.* praeſcriptiones, quae obiici ſolent accuſantibus adulterii, ante tractari dixit, quam quis inter reos reciperetur.

men et homo, in rempublicam iniquus, defenſionum ope, et famae, et capitis periculum propulſare poterat. Crudele enim atque inhumanum, et a iuſtitia, ſanctiſſimo iudiciorum fine, valde fuiſſet alienum, in leuioribus cauſſis tot, tamque varias reo concedere exceptiones, eidem vero illas denegare in *iudiciis*, vbi non, vt Doctores loquuntur, de glande legenda, non de calce fodienda, non de partibus lucri ex ſocietatis contractu debiti, non de tribus peſtumi capellis, neque de tritico cum oleo legato, ſed de fortuna, fama, et ſanguine hominis, quibus nihil eſt in orbe terrarum praeſtantius, diſceptatur. Quare ſi vnquam reo concedendae fuerunt et admittendae exceptiones, quibus, vel feroces iſtas actiones prorſus elidere, vel ſaltim capitalem iudicum ſententiam emollire aut ſuſpendere poſſet, in his profecto tam arduis et maioribus cauſſis illi non erant denegandae. Neque fuerunt Romani tam immanes, vt repellerent reorum defenſores, quin potius magnum eorum numerum admitterent, vltroque reis, quoquo modo poſſent, ſe defendendi darent poteſtatem [h]).

Inter quas et exceptio praeiudicialis locum habebat.

§. IV. Exceptiones *praeiudiciales* igitur, cum iuxta cum ceteris ipſam naturalem aequitatem, prout *cap.* 1. oſtenſum eſt, habeant veluti auctorem; vſus illarum in his graviſſimis

[h]) Pluribus hoc oſtenderunt illi ingenio et doctrina praeſtantiſſimi viri, qui antiquam iudiciorum formam (rem hercle ancipitem et dubiam) obſcuriſſimisque antiquitatum inuolucris obtectam non ſine maxima nominis ſui gloria illuſtrarunt. Horum praecipui ſunt BARNAB. BRISSONIVS, qui de hoc argumento *c. 1. Libr. II. antiq. ſelect.* egit. CAROLVS SIGONIVS qui de veterum iudiciis duos compoſuit libros, quorum alterum formam priuatorum, alterum publicorum iudiciorum ſiſtit, quibus merito iungendus IOH. GOTTL. HEINECCIVS, qui *libr. IV. Antiq. Rom. tit. XVIII.* hoc argumentum erudite, id eſt, vt adſolet, explanauit.

Digitized by Google

viſſimis cauſſis, quae publicis iudiciis agebantur, nequaquam negligi poterat. Immo illas ceteris frequentiores fuiſſe, neſcio an non colligi poſſit ex antiquitatum documentis iudiciorumque apud Romanos publicorum forma, qua nihil tam adcommodatum ad rei ſalutem, nihil tam conueniens expediendi ſe laqueis fuiſſe conſtat, quam defendere ſe *exceptionis* huius praeſidio praeſtantiſſimo. Quemadmodum enim haut leui macula adſpergebatur vitae integritas, ſi cuius nomen inter reos fuerat receptum; id quod colligi licet ex *veſtium mutatione:* ita egregie rebus ſuis conſuluiſſe videbatur, ſi quis actori opponebat *exceptionem praeiudicialem*, cuius hic erat inſignis effectus, vt, ſicuti in ciuilibus cauſſis reus ex iure Romano litem conteſtari non teneretur, niſi exceptio haec fuiſſet remota: ſic et accuſatus non prius inter reos reciperetur, niſi iudicium de exceptione fuerit conſtitutum, atque definitum [i]).

Hinc variis praeiudiciis remoueri poterant accuſatores.

§. V. Varia autem ratione *praeiudiciis* ſubmoueri poterant accuſatores in Romanorum iudiciis. Primo enim quoniam Romani nihil praeſtantius putabant, quam integrum eſſe vitae, ſcelerisque purum, adeo vt bis illis mori videretur, qui famam amiſiſſet; admodum prouidi erant in eiusmodi cauſſis, quae tantum ponderis habebant, vt Romani ciuis caput, vel fama in diſcrimen veniret. Quare cum ſcirent, homines ſceleſtos non raro linguam manumque alere ciuium ſanguine, atque fauce improba iurgii cauſſam inferre ſanctiſſimis moribus, non quemuis ad accuſandum proſilire patiebantur, ne effraenata accuſandi licentia in calumniam abiret. Hinc eam ipſam ob cauſſam repelleban-

i). VLPIANVS *L. 15. §. 7. ff. ad L. Iul. de adulter.* praeſcriptiones, quae obiici ſolent accuſantibus adulterii, ante tractari dixit, quam quis inter reos reciperetur.

lebantur a foris ſerui, famae macula ſeu calumnia notati, iudicio publico damnati, et qui ſunt eiusmodi farinae homines [l]). Quodſi igitur quis ex horum numero in ius vocaſſet aliquem, hic, antequam eius nomen inter reos deferretur, *praeiudicium* poſtulare poterat de *accuſatoris ſtatu*, quo clarum fieret, vtrum illi accuſare liceret necne [m]). Deinde etiam nomen ſuum ex reorum numero liberare, et triſte illud publicum iudicium declinare poterat accuſatus, ſi accuſatori per anticategoriam [n]) crimen obiiceret *maius* et *grauius*, quam illud, ob quod ipſe in iudicium fuerat vocatus. Quod vbi factum erat a reo, cauſſa, *maioris criminis* praeferenda erat *minori*, quamuis prius delato [o]), ex cuius euentu iudex demum cognoſcebat, an accuſatori priori permittendum eſſet, accuſationem prius depoſitam et ſuſpenſam vlterius perſequi. Denique cum id eſſet negotii datum oratoribus, vt reum quoquo modo defenderent [p]), ſaepius in eorum ſcriptis ad *praeiudicia* eos prouocaſſe videmus, dum crimen rei quidem fateren-tur,

[l]) *L. 4. D. de accuſat. et inſcr.* Praeter hos et alii prohibebantur ab accuſando, alii propter ſexum, alii propter aetatem, *L. 8. D. eod.* veluti pupilli, mulieres, niſi ſcil. parentum, liberorumque mortem etc. vindicarent.

[m]) CICERO ad HERENNIVM *libr. I. cap. XII. §. vlt. in publicis quaeſtionibus cauetur legibus, vt ante, ſi reo commodum ſit, iudicium de accuſatore fiat, vtrum illi liceat accuſare, nec ne?*

[n]) *L. 19. C. qui accuſare non poſſ.* De hac ἀντικατηγορία vberius et erudite egit IAC. CVIACIVS *Libr. XX. Obſ. VII.* et QVINCTIL. *Inſt. Orat. Libr. VII. c. 2. p. 601. ed.* PETR. BVRMANN. Cui anticategoriae non diſſimile genus eſt, quod dicitur ἀντέγκλημα, quae *defenſio* eſt, et contraria inſimulatio et recriminatio quaſique criminis relatio. QVINCTIL. *Libr. VII. c. IV. p. 625. ſeq.* GVIL. BVDAEVS *ad not. ad Pand. ex l. vlt. tit. IX. de ſenatoribus.*

[o]) *L. 1. Cod. qui accuſ. non poſſ.*

[p]) CAROL. SIGON. *Libr. II. de iudiciis cap. 19.*

Digitized by Google

tur, ſed iure id admiſſum exciperent, dum occidiſſe reum hominem vltro concederent, ſed vt latronem, exſecaſſe, ſed vt raptorem [q]) etc. cuius rei plura exempla exſtant in orationibus, a Romanis reorum defendendorum gratia habitis [r]).

Id quod et in Germanorum publicis iudiciis obtinebat.

§. VI. Ex his, quae vsque adhuc attulimus, euictum iam ſatis eſſe arbitror, non alienas fuiſſe a iudiciis Romanorum publicis, quibus crimina perſequebantur, *exceptiones praeiudiciales.* Itaque nunc aliena fora relinquimus, patriamque noſtram reuiſimus, conſideraturi, quid olim in noſtris foris iuris ſibi vindicarint exceptiones *praeiudiciales*, et deinde, quem hodie in cauſſis criminalibus habeant effectum. Quodſi antiquam Germanorum de criminibus iudicandi rationem contueamur accuratius, vix alium vllum iis cognitum fuiſſe cauſſarum tractandarum ordinem, quam qui ab *accuſatione* ordiebatur, deprehendimus. Vbique enim patriae leges inſpicientibus nobis ſe offerunt variae multaeque de inſtituendis rite accuſationibus leges, adeo vt numquam certis argumentis id a nobis probari poſſit, iudices Germanorum ſua ſponte obuiam iuiſſe ſceleribus, aut ex *officio* compulſos flagitioſos traxiſſe in iudicium. Quid, quod prohibitum legibus erat omne iudicium, cui non praeceſſerit *accuſatio* [s]). Et quamuis negari

[q]) QVINCTIL. *Inſt. Orat. Libr. VII. c. IV.*

[r]) Huc referri poſſunt inprimis CICERONIS pro *Cluentio* et *Milone* orationes.

[s]) *Capitul. Libr. VII. c. 359. Placuit, vt nullus quemquam clericorum aut laicorum de ſuſpicione aliqua iudicare praeſumat, ſimiliter nec ſine accuſatore legitimo, quia peſſimum et periculoſum eſt, quemquam iudicare de ſuſpicione, aut ſine legitimo accuſatore quempiam damnare.* Huc etiam pertinet trita illa ſermone paroemia, quam invenies in *Specul. Saxon. Libr. I. art. 62. Wo keyn Kläger iſt, do ſal och keyn Richter ſien.*

Digitized by Google

gari haut poſſit, praecipuum iuſtitiae praefectorum fuiſſe officium, vt flagitiis coopertos homines, ne ſe ſecuros putarent, perſequerentur, prehenſis tamen ad reliqua progreſſum eſſe, iudiciorum ordine ab *accuſatione* inchoato [t]), conſtat.

Imitabantur enim Germani in his iudiciis Romanos.

§. VII. Cum igitur Germanis iſte cauſſarum tractandarum in capitalibus iudiciis fuerit ordo, quem *accuſatorium proceſſum* vocamus, illique Romanos in iudicio formando potiſſimum fuerint imitati [v]), legesque ſeculi (quo nomine maioribus noſtris *Romanae* veniebant [w]) reſpexerint; non eſt quod miremur ſimilitudinem, quae intercedit inter Germanorum Romanorumque iudicandi rationem. Quemadmodum enim accuſandi libertatem, certis ſuis finibus circumſcriptam habebant Romani, nec proletarium quemque admiſit Praetor; ita eadem ratione, a maioribus noſtris, legibus cautum fuiſſe deprehendimus, vt arcerentur ab accuſationibus, infamia laborantes [x]), criminis publici rei [y]), quique in fide fallaces reperti eſſent [z]), et homines, qui ad ima ſubſellia referendi cenſebantur [*]). Ex quibus cum ſatis appareat, admodum ſimiles fuiſſe Germanorum leges Romanis; haut diſſimilem excipiendi modum fuiſſe colligimus. Quare nec magis dubium eſt, apud Germanos *praeiudicio* reum accuſatorem ſubmouere potuiſſe, ſi vel illi ſtatus quaeſtionem moueret, vel maius aliquod crimen obiiceret.

[t]) HEINECCIVS *in Elem. Iur. Germ. Libr. III. tit. LX.* §. *309.*
[v]) HEINECCIVS *l. c. in nota* §. *310.* ſubiuncta.
[w]) *Capitular. Libr. VII.* §. *88.*
[x]) *Capitul. Libr. VII.* §. *99.*
[y]) Ibid. *Libr. VI.* §. *397. Libr. VII.* §. *369. 453.*
[z]) Ibid. *Libr. VII.* §. *427.*
[*]) Plura huc ſpectantia vbique reperiuntur in patriis legibus et ſpeculis *Saxonico* et *Sueuico.*

Digitized by Google

ceret. Neque oppoſita *praeiudiciali exceptione*, in illa iudicanda aliter procedere poterant comites, ſeu illi, quibus maiores noſtri iuris dicundi mandauerant poteſtatem, quam vt iudicium de principali cauſſa (ne res tumultuarie peragerentur) tamdiu ſuſpenderent, donec de exceptione reo fuerit ſatisfactum. Id ipſum enim exceptionis noſtrae natura efflagitat, cum nihil ſit tam naturale, quam vt prius cognoſcantur ea, de quibus cetera dependent.

Poſtea inquiſitorius proceſſus introductus eſt, qui tamen aeque reis excipiendi facultatem ſaluam reliquit.

§. VIII. Poſtquam nec incognitas omnino fuiſſe maioribus noſtris *exceptiones praeiudiciales*, neque illos ab earum vſu abhorruiſſe vidimus, nunc ad ſequentia ſecula animum adiungendum eſſe putamus, quaeque iis temporibus exceptionum fuerit conditio, quidque hodie praeſtent in cauſſis, diſquirendum. Immutatam nunc quidem videmus publicorum iudiciorum formam, poſteaquam ius canonicum proceſſum introduxit, quem vocant *inquiſitorium* [a]), illumque Carolina Nemeſis recepit. Quo euenit, vt multo rariores nunc in foris noſtris ſint *accuſationes*, quam *inquiſitiones* ex iudicis officio inſtitutae, imo pene ab illis exulent [b]). Verum non omnia adeo hac mutatione ſunt perturbata, vt ima ſummis mixta eſſe putandum ſit, prout nonnullis quidem viſum eſt, ſed multa, imo plurima adhuc veterum morum vbique deprehendimus veſtigia [c]). Praeſertim vero in exceptionibus concedendis ſemper fuerunt iudices admodum liberales, hominique, vel in famae, vel in vitae periculum adducto permiſerunt, quidquid eſt exceptionum, idque omne, quantum eſt, ad ſalutem rei de-

 ſen-

[a]) CHRIST. THOMAS. *in diſſ. de origine proc. inquiſ.* Dn. PRAES. *in Tom. IV. Iur. Eccl. tit. de accuſat.*

[b]) IOH. SAMVEL FRID. BOEHMER. *in elem. iuriſpr. crimin. Sect. I. c. IV. §. 84. edit. alt.*

[c]) HEINECCIVS *in elem. iur. Germ. libr. III. tit. IV. §. 344. 351.*

Digitized by Google

fenſionemque adcommodarunt. Non enim, niſi ipſam aequitatem ex iudiciis proſcribere velimus, eradicari posſunt *exceptiones*, quas eam ipſam ob cauſſam, contra ſtrictum ius, in ciuilibus introduxiſſe vidimus Praetores. Quare et quotquot ſunt rerum criminalium ſcriptores, vno ore ſuadent, omnes reo vias eſſe aperiundas, vltroque illi offerenda remedia, quibus, quantum fieri poſſit, declinare queat, atque euitare inquiſitionis incommoda funeſtiſſima, quibus vlla ex parte fama, vita, corpus, et facultates ipſius affici poſſunt [d]). Qua propter non mirandum eſt, ſi in exceptionibus cumulandis, quibus *defenſionem pro auertenda* inſtruere ſatagunt, adeo deprehendamus occupatos in limine inquiſitionum inquiſitorum defenſores, vt veluti plauſtra illarum nobis aduehant, et magnae molis libros de *exceptionibus* nobis conficiant.

Regulae de iudiciorum ordine.

§. IX. Inter has exceptiones non vltimum ſibi vindicare locum exceptionem *praeiudicialem*, rem eſſe credo extra omnem dubitationem poſitam. Igitur nunc potius eius vſum primariumque effectum pro viribus conſiderandum exiſtimo, quam longa verborum circuitione rem demonſtrare certiſſimam. Non autem video, qua ratione rectius officio meo ſatisfacere queam, quam ſi hic regulas iſtas commemorem, ad quarum normam exigi volunt omnes cauſſarum cognitiones viri, ad id iudicum prouincia exornati, vt litigantium turbis adeſſent, et conſilio, et ſententiis et auctoritate ſua. Quemadmodum enim ea eſt communis omnium rerum ratio, vt non rectius peragi queant,

[d]) CARPZOV. *Quaeſt. Criminal.* 107. n. 66. *Quaeſt.* 115. n. 23. GRANTZIVS *Defenſ. Inquiſit. c. II. membr.* 1. *ſeq.* CHRIST. IAC. HEILS *in iudice et defenſore inquiſit. cap. III.* §. 22. 23. IVST. OLDECKOP. *contr.* CARPZOV. *Quaeſt. IX. p.* 132. *etc. Obſ. Criminal. tit. I. obſ. IV. tit. I. obſ. X. n.* 14.

queant, quam ſi, quo nihil pulcrius nihilque praeſtabilius cenſetur, cuilibet ſuus conſtet ordo; ita haec fuit iureconſultorum maxima cura, vt omnis in iudiciis, cauſſisque tractandis, praepoſtere agendi modus, quo dubito an vmquam quid eſſe poſſit deterius, euitaretur. Et eam ipſam ob cauſſam duas has nobis conſtituerunt regulas, quae in recta ratione fundamentum ſuum habentes certiſſimum omnis mutationis ſunt expertes, quarum altera eſt: *praecedant cognitiones, ſine quibus reliqua intelligi non poſſunt;* altera: *praeponatur cauſſa, ſi concurrunt, grauior leuiori.* Prior rationem docet, cur de praeiudicialis exceptionis cauſſa prius ſit cognoſcendum, quam de ipſo principali negotio. Hanc ob cauſſam defenſoribus curae cordique eſſe debet, vt hac exceptione inquiſitionem auertere ſtudeant, reſponſionemque ad articulos, quae litis conteſtationis vice eſt, hoc praeſidio tutiſſimo declinent, quod ea cauſſa, vnde criminis obiecti deciſio dependet, praeiudicanda ſit, nec ante eius diſcuſſionem locus eſſe queat inquiſitioni. Verum cum eam iam priori capite expendimus, (§. XV.) non eſt, quod hic moremur diutius, ſed ad alterius conſiderationem nobis eſt potius progrediendum, quam vt ipſa rerum natura efflagitauit, ita leges noſtrae illi adhuc peculiare quoddam addiderunt robur [e]).

De crimine regulariter prius cognoſcendum eſt, quam de ciuili cauſſa.

§. X. Quamquam vero in determinandis *cauſſis grauioribus* mirifice ſemper laborarunt Doctores, diuerſiſſimaque eorum de hoc argumento fuerunt judicia [f]); omnes tamen, veluti communi ſuffragio, criminales cauſſas inter grauiſſimas retulerunt, illisque prae *ciuilibus* ingens tribu- erunt

[e]) *L. 54. D. de iudiciis.*
[f]) Dn. PRAES. *diſſ. de cauſſis arduis et maioribus c. I. §. 12.*

erunt momentum [g]). Quodſi enim in determinanda cauſſarum grauitate ad *praeiudicium* eſt reſpiciendum, (eſt autem profecto,) quod ex cauſſa redundare poſſit, certe de cauſſarum criminalium momento, et, quod ſibi praetendunt, pondere grauiſſimo nemo dubitabit. Sunt enim illae, quarum diſcuſſio boni publici cauſſa negligi nequaquam poteſt, quaeque ſi minus vindicentur, ipſae ſecum trahere paullatim poſſunt rerum publicarum exitium funeſtiſſimum. Aequum igitur et noſtrae iuſtiſſimae leges eſſe iudicarunt, de vita cogitare et de maiore re quaeri prius [h]), regulamque illam, de qua §. *praec.* locuti ſumus, ad *criminales* cauſſas applicarunt, ſaepiusque conſtituerunt, vt de crimine, ſi in eodem negotio *ciuilis cauſſa* vertatur, prius cognoſcatur [i]), vtque finis criminalis cauſſae, ex eo die, quo inter partes lata fuerit ſententia, initium ciuili cognitioni tribuat [l]). Et quamuis nulla vmquam de morte hominis cunctatio longa ſit, tamen, ne per *ciuilem cognitionem* publico iudicio obex ponatur, et tam graui negotio ex improbitate hominum quid tarditatis adferatur, leges ſanxerunt, vt quantocyus fieri poſſit, remotis ciuilibus cauſſis, criminale exerceatur iudicium [m]).

§. XI.

g) Dn. PRAES. *l. c.* §. *16.* OLDECKOP. *in obſ. crim. tit. I. obſ. IV. n. 19.* CARPZ. *prax. crim. P. III. q. 116. n. 20.*

h) QVINCTILIANVS *Declam. 319.*

i) *L. 33. Cod. ad L. Iul. de adulter. L. 20. C. ad L. Cornel. de falſis. L. 5. D. ad L. Iul. de vi publ.*

l) *L. vlt. Cod. de ord. cognit.*

m) *L. 30. C. ad L. Iul. de adulteriis.* Illuſtrat idem illud QVINCTILIANVS *Declam. 319. p. 637. Naturalis eſt*, inquit, *improbis hominibus dilationis cupiditas. Quaeretur de adulterio, et quaeretur diu, et extrahet iudicium, ſicut adhuc extrahit. Alii iudices, et alia ſortitionis forma. Interim vt nihil artes valent, multum facta poſſunt, multum citra ſcelus quoque impedimenti ipſa mortalitas adfert.* GVILIELM. BVDAEVS

Nonnumquam vero ob exceptionem praeiudicialem prius iudicatur de cauſſa ciuili quam criminali.

§. XI. Quae omnia quamuis adhuc obſeruentur in foris, maneantque iudicibus leges poſitae, non adeo tamen ſancte coli eas ſinit aequitas, vt ne transuerſum quidem vnguem hinc recedere liceat. Manet immotus quidem iſte, de quo diximus, cauſſarum tractandarum ordo, ſi ex diverſis cauſſis naſcuntur actio *criminalis* et *ciuilis* [n]), ſicque intelligi volunt regulam, quam § *praec.* exhibuit, iura noſtra. Verum enim primo, cum ex eadem cauſſa et ciuilis naſcitur actio et criminalis, tunc *ciuili cauſſa* publico iudicio praeiudicium fieri poſſe ſinunt leges [o]). Deinde ſi in criminale iudicium quaeſtio incidit ciuilis, de cuius diſcuſſione criminalis cauſſae definitio dependet, iterum a regula communi recedi volunt leges, priusque de *ciuili cauſſa* iudicium decernunt [p]). Quod cum per exempla clarum reddi poſſit, ſubiiciamus nunc quaedam, ex quibus appareat, de *praeiudicialis* exceptionis cauſſa, quamuis illa ſit ciuilis, prius iudicandum eſſe, quam de crimine cognoſci poſſit.

Quod exemplis illuſtratur.

§. XII. Exemplum nobis praebet ius ciuile in crimine plagii, quod committi dicitur, ſi quis liberum hominem vel ſeruum alienum vel emit vel vendit, abducit etc. [q]).

DAEVS *in adnot. ad* π. *p.* 240. *Criminum inuidia, quae recenti accuſatione calere ſolet, et ad animaduerſionem vindicationemque iudicum animos adpellere, comperendinata re, (vt adſolet forenſi artificio) refrigeſcit. Etenim longa die accuſatorum iuſta ira langueſcit et lacrimae iudicum exareſcunt, qui prius viduarum orborumque calamitati ingemiſcere videbantur.*

[n]) IAC. CVIACIVS *obſ. lib.* 20. *c.* 25.

[o]) *L.* 4. *D. de publ. iudiciis. Interdum euenit, vt praeiudicium iudicio publico fiat, ſicut in actione legis aquiliae, et furti, et vi bonorum raptorum, et interdicto unde vi, et de tabulis teſtamenti exhibendis.*

[p]) *L.* 1. *Cod. de appellat.* Dn. PRAES. *Iur. eccl. proteſt. Libr. II. tit. X.* §. 6.

a) In crimine plagii.

etc.[q]) Ponas, aliquem crimine plagii inſimulari, eundem vero excipere, ſe cum *mancipio ſuo* rem habuiſſe; reponenda eſt ſtatim de crimine quaeſtio, donec de *dominii iure* res manifeſta ſit. Haec diſertis verbis praecipit imperator. *Praeſes*, inquit [r]), *prouinciae diſcreto prius iure dominii intelligat, an audiendum ſit plagii crimen nec ne? Nam ſi proprietatis tuae mancipium eſſe conſtiterit, exſpiraſſe criminis intentionem, emerſa dominii luce, manifeſtabit. Si vero ſeruum alienum eſſe conſtiterit, poſt diſceptatam proprietatis quaeſtionem et criminis cauſſam audiet.* Pari ratione iudiciorum ſeruatur ordo in caeteris. Sit aliquis criminis de *vi publica* reus, incidat vero in illud iudicium *poſſeſſionis* cauſſa, quis non videt, nihil tam aequum et iuſtum eſſe, quam vt reponatur de *crimine* cognitio, vsque dum de *poſſeſſione* res omnis ſit exacta. Quodſi enim in poſſeſſionis cauſſa ſecundum reum ſententia data ſit, manifeſtum quoque erit, eum non vim intuliſſe cuiquam, qui manibus pedibusque obnixe omnia fecit, vt defenderet opes ſuas ab aliorum iniuria. Permittunt enim, quin volunt iuſtiſſimae leges, vt ſi quis noxam dare rei tuae infelici opera adnitatur, vim et iniuriam quacunque ope poſſis propellas, et ipſe, et aliorum auxilio adiutus [s]); neque tum te iniuria adfeciſſe quemquam, qui iure tuo vſus ſis, decernunt. Documento eſſe poſſunt, quae illuſtris academiae noſtrae ICtorum ordo in eiusmodi controuerſia reſpondit quaerentibus, cuius facti ſpeciem nunc enarrare lubet. Eccleſiae quidam miniſter pratum aliquod inde a longo tempore certa poſſeſſione tenuerat, qua vt depelleretur,

b) Si de vi publica agitur.

[q]) *L. 1. 3. 4. 5. 6. ff. de lege Fabia de plagiariis. conf.* IOH. SAMVEL FRID. BOEHMER. *in element. iurispr. Criminal. ſect. II. cap. XV. p. 193.*

[r]) *L. 8. C. ad L. Fab. de plagiariis.* [s]) *L. 155. §. 1. ff. de R. I.*

Digitized by Google

retur, adminiſtrator praedii nobilis quidam multum adlaborabat. Eccleſiaſtes vero quidquid erat minarum ſpernens in prato foenum ſecabat, omniaque agebat pro iure ſuo. At adminiſtrator vindicaturus domino ſuo hoc pratum, plauſtrum et vernas mittit, vt foenum exſectum et iam praeparatum domum deducerent. Eccleſiaſtes vero vbi primum intelligit, vim ſibi parari, quantum eſt ſeruorum ancillarumque ſecum ducens, vna cum fratre, qui quondam inſignem inter praefectos militum locum tenuerat, bombardam, quam ſecum geſtare conſueuit, portante, ereptum it denuo adminiſtratoris ſeruis, quidquid abſtulerint. Qui vbi aduenire eccleſiaſten ſentiunt, veriti praeſentiam ipſius, bombardamque timentes diffugiunt, et plauſtrum foeno onuſtum praefecti iuſſu in praedium eccleſiaſtae fratris auehi patiuntur. Quo facto aduocatus fiſci actionem aduerſus praefectum de *vi publica* coadunatis hominibus facta inſtituit, illumque prehenſum, cuſtoditumque variis machinationibus cogere voluit, vt ad articulos reſponderet poſitionales. Hic vero poſtquam ſe defenderat, vt ſpecialior inquiſitio auerteretur, totum negotium iudicio et ſententiae facultatis Marpurgenſis committit, quae reum quidem ab vlteriore inquiſitione eximendum, mulctam vero XX. Imperialium, quod fines ſecuritatis egreſſus eſſet, ipſi ſoluendam, omnemque ſumtuum reſtitutionem ei imponendam edicebat. Reus autem ſententiae dictae ſueritatem maiorem eſſe, quam vt ferre eam aequo animo poſſet, arbitratus, rem hanc ad illuſtres Iuriſconſultos huius loci referens, hanc tulit reſponſionem:

Daß ob zwar wohl der Herr O. L. dieſes vor ſich angeführet, daß er keine vim publicam *ausgeübet, geſchweige denn ein* crimen fractae pacis publicae *begangen, und daher von fernerer* inquſition *abſolviret worden, dennoch*

noch aus den Acten zu erſehen, daß er dabey excediret, und alſo zu beſtrafen geweſen, cum etiam, qui in defendendo ius ſuum vel alterius exceſſit, ad ſatisfactionem teneatur.

c. 12. *in f. de reſtit. ſpol.*

Anerwogen, aus denen in duplicis *vom* adiuncto fisci *angeführten Documenten erhellet, daß der Herr O. L. aus Animoſität gegen den Verwalter, an welchem er mehrmalen Gewaltthätigkeit ausgeübet, und zweitens nicht nöthig gehabt, um ſeinen Herrn Bruder bey der* poſſeſs *zu mainteniren, mit ſo vielen gewaffneten Leuten gegen den unbewaffneten Knecht des Verwalters anzuziehen, auch wohl zu glauben, daß dieſer Aufzug mit gutem Vorbedacht geſchehen, und er drittens willens geweſen,* vim publicam *zu gebrauchen, zumal er eine Flinte bey ſich geführet, und mit derſelben den weggelaufenen Knecht verfolget, und wenigſtens geſchrecket, daß er davon gehen, und das Heu ſtehen laſſen müſſen,* id quod etiam pro vi habendum, vtpote quam etiam terror armorum incutit.

L. 3. §. 5. *de vi et vi armat.*

zumal er 4) *der Zeugen Ausſage nach, ihm zugeruft haben ſoll, daß er ſtehen ſollte, und damit genugſam an den Tag gegeben, daß er an dem Knecht, der doch in ſeines Herrn Verrichtung geweſen, Gewalt ausüben wollen, und ob wohl* 5) *die* teſtes defenſionales *von keinem Drauen etwas wiſſen wollen, dennoch* teſtis 5. ad in t. 4. *deponiret, daß der Knecht und Verwalter ihm den Hinterſten gewieſen, mit Vermelden, daß er dahin ſchieſſen ſolle; woraus denn zu ſchlieſſen, daß der Herr O. L. vorhin mit ſchieſſen gedrohet haben müſſe, und es dahero* 6) *das Anſehen gewinnen will, daß ſolches Drohen auf öffentlicher Straßen* contra inermes *vor eine unerlaubte Gewalt zu halten, und die* limites defenſionis *überſchritten, weswegen eine* poena pecuniaria *dictiret werden mag, und weil er dadurch zur Inqui-*

Digitized by Google

quiſition Gelegenheit gegeben hat, auch die Unkoſten erſtatten müſſe.

Dieweil aber dennoch 1) *dieſe ganze Affaire von der* cauſſa poſſeſſionis *der ſtreitigen* 5. *Ruthen ihren Urſprung herleitet, und der Verwalter nicht allein in* protocollo *vom* 5. *Aug.* 1733. *angegeben, daß der Herr Paſtor* 5. *Iahre lang ſolche* 5. *Ruthen inne gehabt, mithin in deren Poſſeß* tempore contradictionis *geſtändiger maaßen geweſen, und was er dabey von einem* precario *angiebet,* altioris indaginis *iſt, von dem Herrn Paſtor aber geleugnet wird, nicht weniger ſolches der Punctation vom* 3. *Nou.* 1727. *vermöge deſſen er von dem vermeynten Pfarr-Acker ſich* 10. *Ruthen in der Kavel Wieſe nebſt andern reſerviret, und darinn keines* precarii *gedacht iſt, zuwiderlaufet: hierüber die abgehörten Zeugen von* 8. *oder* 9. *jähriger Poſſeß ausſagen, daraus dieſemnach erhellet, daß der Herr Paſtor* tempore contradictionis *in ohnſtreitiger Poſſeß, und alſo befugt geweſen, das Heu mähen und kehren zu laſſen, wodurch er denn ebenfalls die Poſſeſſion des gemäheten Heues offenbar acquiriret,* et ſic etiam ſpolium in res mobiles committi potuit.

BOEHMER. *Tom. I. iur. eccl. Tit. de reſtit. ſpoliat.* §. 3.

mithin 2) *der Verwalter offenbar widerrechtlich gehandelt, daß er ſowohl den Herrn Paſtorem in der Poſſeß der* 5. quaeſt. *Ruthen turbiret, als auch* ratione *des weggeführten Heues ein unſtreitiges* ſpolium *begangen, im Gegentheil* 3) *dem Herrn Paſtori nicht zu verdenken geweſen, wenn er* pro omni praeiudicio auertendo *mit ſeinem Herrn Bruder, und andern bey ſich habenden Leuten in* continenti *das Heu, da es noch nicht im Dorfe eingefahren geweſen, wegnehmen und ſolches auf ſeinen Hof fahren laſſen,* cum etiam poſſeſſionem vi ereptam in conti-

nenti per vim poſſeſſor recuperare poſſit, id quod potius pro defenſione accipiendum.

L. 3. §. 9. *l.* 17. *de vi et vi arm.*

dergeſtalt daß, wenn alles angebrachter maßen wahr ſein ſollte, wiewohl das wenigſte noch erwieſen, nichts weniger als eine vis publica *oder* crimen fractae pacis publicae, *ja auch nicht einmal ein Exceß dabey committiret worden,* cum qui iure ſuo vtitur, nemini iniuriam aut vim faciat, ſed vis illata vi repelli poſſit;

L. 135. §. 1. *ff. de R. I.*

und obgleich 4) *der Knecht W. auf Befehl des Verwalters das Heu eingefahren, dennoch ſolches ihn nicht excuſiren kann,* cum non excuſatus ſit, qui iuſſu alterius aliquem turbat vel poſſeſſione priuat;

L. 1. §. 13. *de vi et vi arm.*

dem zu folge denn 5) *keine geringe Uebereilung geweſen, daß man auf bloßes Anbringen und Ausſage einiger unbeeidigten Zeugen eine ſo ſchwere Inquiſition gegen den Herrn O. L. verhänget, ihn mit Soldaten in Arreſt gebracht, und ihn ſchlechterdinges auf die Poſitional Articul zu antworten nöthigen wollen; da man doch aus der unbeeidigten Zeugen Ausſage, ja aus des Verwalters vom* 5. *Aug.* 1733. *an welchem Tage die Arreſtirung geſchehen, gethanen Bekäntniſſe wahrnehmen können, und müſſen, daß die ganze Anklage aus der* cauſſa poſſeſſionis *entſprungen, und man dahero ohnmöglich* propitio iure, *mit der* criminali cauſſa *verfahren können, ehe nicht die* cauſſa poſſeſſionis *erörtert worden,* cum prius de poſſeſſione pronunciandum et ita demum crimen violentiae excutiendum ſit.

L. 1. *Cod. de Appellat.*

Ne-

Digitized by Google

Neque enim conſtare poterit, vtrùm vis illata fuerit, niſi prius conſtiterit, penes quem ex litigantibus poſſeſſio antea fuerit.

HERT. *de Ord. Cognit. cauſſ. in iud. tract.* §. 13. *ſi enim vim fecit, qui in poſſeſſione fuit, iure ſuo vſus eſt, cum liceat poſſeſſionem ſuam priuata manu defendere.*

MEV. *P. I. dec.* 27. *et P.* 6. *dec.* 173. *P.* 8. *dec.* 324. *aus welchem allen ſo viel erhellet,*

Daß das Marpurgiſche Urtheil zu reformiren, und die Inquiſition gegen den Herrn O. L. gar nicht ſtatt finde.

Vt vero intelligamus, quod non impune faciant, qui omiſſo hoc cauſſarum tractandarum ordine inquiſitione contra reum procedunt, ſubiiciamus ea, quae idem II. conſeſſus Iureconſultorum in eadem cauſſa contra adiunctum fiſci pronunciauit.

Daß weil der Adiunctus fiſci *aus der* denunciation *des Verwalters ſelber wahrnehmen können, daß die ſo hoch angegebene Händel einzig und allein daher entſprungen, weil der Herr Paſtor das Heu auf den* quaeſt. 5. *Ruthen mähen laſſen, und ob er wohl ſolche* 5. *Ruthen bishero beſeſſen, dennoch der Verwalter ſolches Heu von den* 5. *Ruthen* ſpoliatiue *aufladen und wegfahren laſſen, und dahero als ein* iuris peritus *daraus erkennen müſſen, daß noch zur Zeit keine* quaeſtio criminis vel vis publicae per denunciationem *gerüget und tractiret werden könne, ſondern vorhero die* quaeſtio poſſeſſionis ciuilis *als* praeiudicialis *erörtert werden müſſe.*

L. 1. *C. de appell.*

Welches er auch 2) *noch klärer aus dem am* 5. *Aug. gehaltenen Protocoll wahrnehmen müſſen, als worinn der Verwalter, daß der Herr Paſtor die* 5. *Ruthen wenigſtens* 5. *Iahr beſeſſen, bekannt, und weil er ſich dabey zu mainteniren*

ren geſuchet, und das Heu darauf vor ſich, und den Verwalter mühen laſſen, er von ſelbſten daraus ſchlieſſen müſſen, daſs noch zur Zeit keine Inquiſition noch Denunciation ſtatt finden könne, als welchem die offenbaren Rechte widerſprechen, welches alles er doch 3) hindann geſetzet, und einiges Befehls unerwartet mit einer harten Denunciation ſich übereilet, die Sache höchſtgefährlich vorgeſtellet, und das factum als eine vim publicam, ja crimen fractae pacis publicae angegeben, da er doch leicht ſehen und merken können, daſs das erſtere vor der Erörterung der poſſeſſionis cauſſae nicht geſaget werden könne; zu dem andern aber das angegebene factum noch weniger qualificiret ſey, keinem aduocato fiſci aber erlaubet iſt, crimina atrociſſima, abſonderlich aber einem vornehmen Officierer ohne wichtigen Gründe aufzubürden, in welcher Abſicht auch 4) die Herren Marpurgenſes erkannt, daſs er keines von den requiſitis huius criminis dargethan, etc. und ob er gleich ſeinem Amte nach zur Denunciation befugt, er doch dabey vorſichtig verfahren, und wohl überlegen muſs: an cauſſa criminis iam adſit, an vero differri debeat? zumahl wenn auch jemand, der einen ex officio anklagen muſs, parum prudenter, et ſine fundamento einen deferiret, er dieſerwegen billig reſpondable ſeyn muſs, vtpote quod vindicandum in exemplum, ne quis et aliis poſtea tale facere moliatur.

L. 6. in f. D. de cuſtod. et exhibit. reor.

welches abſonderlich bey einem aduocato fisci in acht zu nehmen, der, da er in publico officio ſitzet, deſto behutſamer ſich auffführen, und keinen unrechtmäſsigen Arreſt verhängen muſs, alioquin ad damna, intereſſe, et expenſas tenetur.

c. 7. X. de iniur. et damn. dat.
de LYNCKER *deciſ. 656.*
de WERNHER *P. I. obſ. 7.*

Gleich-

Gleichwohl dieſem zuwider der adiunctus fiſci *den Herrn O. L. mit Arreſt übereilet, eine Ehrenrührige aber ungegründete Klage gegen ihn angeſtellet, und ihn zwingen wollen, auf* poſitionales articulos *zu antworten, welches doch, bewandten Umſtänden nach, ganz illegal geweſen, vielmehr alles lediglich auf die* cauſſam poſſeſſionis *zuförderſt angekommen,*

> *So erhellet hieraus ſo viel, daſs der* Adiunctus fiſci *nicht allein abzuweiſen, ſondern auch alle Unkoſten dem Herrn O. L. zu reſtituiren ſchuldig und zu beſtrafen ſey.*

§. XIII. Plura huc ſpectantia exempla exſtant in Domini PRAESIDIS *conſultationibus* et *deciſionibus* iuris, quas ex paternis ſchedis collegit, et edi curauit celeberrimus eius filius D. CAROLVS AVGVSTVS BOEHMERVS. Ex his, ne nimis prolixi videamur, vnicum hic afferamus reſponſum, quod in cauſſa obiecti criminis fractae pacis *publicae* datum eſt, quodque exceptionis noſtrae naturam illuſtrat egregie *). Monaſterium quoddam catholicum pecus, quod ibi alebatur, in paſcuum euangelicorum agere iuſſerat, et cum, grege illo ab euangelicis pignori capto, pari ratione pecus euangelicorum vi caperent monaſterio adſcripti, factum eſt, vt hi concurſu magno monaſterium cingerent, et pecora eadem, qua capta erant ratione, rurſus vindicarent. Cum igitur eam ob cauſam *criminis fractae pacis publicae* accuſarentur euangelici, quaeſtio inſtituta eſt: *In crimine turbae publicae.*

> *Ob nicht zuförderſt die Hauptſache und ob das Kloſter auf dem K. Berge die Poſſeſs zu hüten, und die Repignoration auszuüben berechtiget geweſen,*

*) *Tom. II. Argument. MCLIV. Quaeſt. IX. n. 65. 72.*

Digitized by Google

ſen, auszumachen ſey, ehe es zu einer koſtbaren Commiſſion komme? Ad hanc vero reſponſum eſt:

Rationes dubit. *Hierbey will nun zwar dieſes Haupt-Dubium vorfallen, daſs die* cauſſa poſſeſſionis *wegen der ſtreitigen Hutung*: mere ciuilis *ſey, welche billig* poſt criminalem *ausgeſetzet, und ſuſpendiret bleiben muſs*, donec cauſſa maior, quae criminalis eſt, deciſa fuerit.

L. 4. *C. de ordin. cognit.*

L. 33. *C. ad L. Iul. de adult.*

L. 20. *ad L. Cornel. de falſis.*

Quodſi ergo de vi et poſſeſſione vel domino quaeritur, ante cognoſcendum de vi, quam de proprietate rei. Sic Diuus Pius reſcripſit, vt prius de vi quaeratur, quam de iure dominii ſiue poſſeſſionis.

L. 5. §. 1. *ad L. Iul. de vi publ.*

L. 37. *de iudic.*

Welche deciſio *ſo klar, und deſſen Application auf gegenwärtigen* caſum *ſo richtig zu ſeyn ſcheinet, daſs die* cauſſa poſſeſſionis *die Inquiſition nicht wohl hemmen, noch weniger zuförderſt zu unterſuchen ſeyn möchte, ob das Kloſter zu St. M. auf dem K. Berge zu hüten befugt geweſen oder nicht?*

Rationes decit. *Weil aber dennoch die gemeine* doctrina de praeferenda cauſa criminali et poſtponenda ciuili, *alsdenn ihren bekannten Abfall gewinnet*, ſi cauſa criminis inuoluit cauſſam poſſeſſionis, et ab ea originem ducit;

HERTIUS *de ord. cauſſar. in iud. tract.* §. 13.

welchen Fall auch die Rechte ſelbſt ausnehmen, und verordnen: prius de poſſeſſione et ita (h. e. deinceps) crimen violentiae praeſes prouinciae excutere debuit, quod cum non fecerit, iuſte ab eo prouocatum eſt.

L. 1. *Cod. de appellat.*

Qua

Digitized by Google

Qua de cauſſa ei, quem conſtiterit expulſum, omiſſae poſſeſſionis iura reparanda, eademque protinus reſtituta, criminalis quaeſtio peragenda.

L. 7. Cod. ad L. Iul. de vi publ.

Welches auch vernünftig nicht wohl anders verordnet werden können, weil eben der Ausſchlag der cauſſae criminalis *alsdenn von der* cauſſa ciuili, quae praeiudicialis eſt, *dependiret, und wenn gleich das* crimen *dadurch nicht in* totum *elidiret und decliniret werden könnte, (davon dennoch zur Zeit kein gewiſſes Urtheil gefället werden mag,) dennoch wenigſtens daſſelbe dadurch ſeine gröſte* Force *und ſchlimmſtes Anſehen verlieret, wenn ausfündig gemacht werden kann, daſs die Bürgerſchaft bishero bey ruhiger Beſitz der Huth und Weide auf dem K. Berge geweſen: daſs das Kloſter* de facto *der Hütung ſich neuerlich und widerrechtlich unterſtanden, und alſo rechtmäſsig gepfändet worden: daſs die doppelte unjuſtificirliche Gegenpfändung nicht anders als eine* vis publica et ſpolium *nach des Wohlſeeligen Herrn Reichs-Hoffraths des Freyherrn von Lynckers* iudicio *anzuſehen: daſs die Bürgerſchaft in* ſtatu defenſionis *und* pro declinando grauiori praeiudicio, *die Reſtitution ihres ſpoliirten Viehes geſuchet, und* vindictam *intendiret, endlich daſs die erfolgten Suiten aus ſolchen vorhergehenden gewaltigen* ſpoliis *und* turbationibus *entſprungen, dieſerwegen denn meines Erachtens nöthig ſeyn will, daſs denen vorhingeſetzten* principiis *und klaren* legibus *nach, die* cauſſa poſſeſſionis et ſpolii *vorher unterſuchet werden muſs, welches denn durch die* rationes dubitandi *nicht enerviret werden kann, angeſehen die angeführten* textus de poſſeſſione proprie ſic dicta *nicht, wohl aber* de petitorio ſeu proprietate *verſtanden werden müſſen, welches aus den Worten des* l. 5. §. 1. ad L. Iul. de vi publ. *am deutlichſten erhellet:* Si de vi et poſſeſſione quaeratur,

 prius

Digitized by Google

prius cognoſcendum eſt de vi, quam proprietate rei; *daraus man klärlich erſiehet, daſs das Wort* POSSESSIO, *wie in andern* textibus, *von der* proprietate rei *zu verſtehen iſt, und alſo alles dahin rouliret, daſs, wenn die* quaeſtio criminis *mit dem* petitorio *zugleich vorkommt, dieſes zurück ſtehe, und jenes vorhero auszumachen iſt, welches man gerne zugiebet, da man allhier in dergleichen Umſtänden nicht verſiret.*

HERTIVS *de ord. cognit. in iudic. tractand.* §. 1.
IAC. GOTHOFREDVS *ad L.* 3. *C. Theodoſ. ad L. Iul. de vi publ.*

So erhellet hieraus ſo viel, daſs zuförderſt die Haupt-Sache wegen des Kloſters würcklich unternommenen Hütung auf dem K. Berge und erfolgten repignorationen *ausgemachet werden müſſe.*

Bigamiae. §. XIV. Aliud adhuc proferamus exemplum, ex quo elucebit, qua ratione *bigamiae* reus noſtrae exceptionis ope funeſtiſſimum a capite ſuo declinauerit periculum. Inſimulauerat enim vxorem ſuam adulterii crimine, et actione coram iudice eccleſiaſtico ciuili inſtituta, quod pudicitiam in propatulo habuiſſet, vitiumque adulterio commiſſo addi ſibi paſſa eſſet, petiit, vt res ſuas ſibi haberet, repudiumque illi renunciaretur. Cum vero in multos haec cauſſa traheretur annos, neque liti finem ſententia imponeret iudicum, ſibi melius proſpectum iri, reique ſuae familiari conſultius iudicauit, ſi deſponderi ſibi curaret aliam, quacum vitam exigeret, tam triſtis infortunii exſortem. Conſilium hoc ſecutus cum virgine nouum matrimonium contraxit. De quo foedere cum rumor percrebuiſſet, aggreditur maritum fiſcus, illumque vt bigamum in iudicum inuidiam adducere conatur, ſuppliciumque capitale, crimini huic a legibus conſtitutum, ab illo poſcit. Ille vero exceptione criminationis acerrimum telum declinat. Se con-

Digitized by Google

coniugali vinculo adſtrictum fuiſſe negat, cum ſecundum iniiſſet matrimonium; nihil enim certius eſſe, neque magis iuſtum, quam, toro violato, *ipſo iure* pactum coniugale diſſolui. Prius ab vxore factum affirmat, ideoque de hac cauſſa iam per annos aliquot mota praeiudicium poſtulat, quo peracto videat fiſcus, vtrum vlteriori inquiſitioni maneat obnoxius. Exceptionem iuſtam agnouerunt iudices de hac cauſſa quaeſiti, veritateque adulterii a priore vxore commiſſi euicta, ab inquiſitione et ordinaria poena reum liberarunt. Similem caſum exhibet IOH. HENRIC. BERGERVS in Reſponſis [r]).

Si de iniuriis agitur.

§. XV. Ex his, quae adduximus, exemplis ſatis conſtabit, toties ciuilem cauſſam criminali eſſe praeiudicandam, quoties dependet ab illa criminis diſcuſſio, neque prius inquiſitionem inſtitui poſſe, niſi ciuilis cauſſa ſit definita. Quare (quod quidem per ſingula crimina eundo facile demonſtrari poſſet) ne vltra limites academicae diſſertationi praefixos progrediamur, de hac re plura exempla proferre nolumus. Verum nunc potius conſideremus, qua via iudici ſit incedendum, ſi quis criminis accuſatus excipiendo, accuſatoremque ſceleris arguendo, omnem in illum criminis culpam transferat. Quo facto illud, a quo alterum dependet, praeiudicandum eſſe, iterum affirmamus. Ponas enim, aliquem propter verbera accepta iniuriarum actionem criminaliter inſtituere, reum vero excipere, ſe optimo ſuo iure vſum fuiſſe in hominem, qui vel adulterium vel furtum in aedibus ſuis committere voluiſſet. Caſu ita propoſito, quis non videt, prius de *furto* ſeu *adulterio* ſeu crimine ei impacto, quam de *iniuriis* eſſe iudicandum. Hoc enim probato, nulla prorſus locum habet inquiſitio, neque ſuſpicio iniuriarum ſupereſt. Hinc ſane optimo iure colli-

[r]) *Part. I. Reſp. CCLXIII.*

Digitized by Google

gere poſſe videmur, vt toties praeiudicium inſtitui debeat, quoties ille, qui iniuriarum fuerit accuſatus, *veritatis* exceptione ſe defendere allaborat.

De iudice competente in except. praei. §. XVI. Quemadmodum vero nihil in iudicio actum videtur, niſi lis coram *iudice competente* fuerit mota: ita merito verendum eſſet, ne et nos parum egiſſe videamur, niſi coram *quo iudice* exceptio praeiudicialis ſit cognoſcenda, oſtenderimus. Quae quaeſtio tunc inprimis difficilioris ſolutionis videtur, ſi et cauſſa *praeiudicialis*, et cauſſa *principalis* ad diuerſorum iudicum pertineat tribunalia. Licet vero in eadem euoluenda explicandaque accuratiſſimam operam poſuerint Iurisconſulti magni nominis, IOANNES NICOLAVS HERTIVS [g]) SAMVEL STRYKIVS [h]) et Dominus PRAESES: [i]) ne tamen hoc argumentum plane omittamus, quaedam tantum monenda cenſuimus. Primo igitur tenendum eſt, exceptionem *praeiudicialem* ea propter, quod actioni principali opponatur, tamquam *eius partem* conſiderandam eſſe, ex quo inferimus, iudicem cauſſae principalis recte ſuſcipere *praeiudicialis* exceptionis cognitionem. Deinde, cum ei, qui litibus dirimendis ſtudet, ius quoque remediis vtendi competere oporteat: quis vmquam dubitauerit, quin ei, cui ius eſt, dirimendi cauſſam principalem, tribuenda ſit facultas iudicandi ea, ſine quibus litis potioris definitio fieri nequeat, ſeu quae rationem ſufficientem decidendae litis principalis contineant, id quod in exceptionibus praeiudicialibus animaduertimus. Denique cum id, quod litis deciſionem determinat, actionis ſit fundamentum: iudicis vero notioni inprimis illud ſit relinquendum, (hoc enim non cognito, qua ratione litem

g) *In Diſſert. de ord. cauſ. in iudic. tract.*
h) *In Diſſert. de cauſſ. incidente.*
i) *Tom. I. Iur. Eccl. Proteſt. Libr. II. Tit. X.*

Digitized by Google

tem iudicabit, et officio ſatisfaciet ſuo?) neceſſarium eſt, vt de praeiudiciali exceptione tamquam principalis actionis fundamento cognoſcere debeat iudex: quid quod, ipſae leges hoc a iudice exigant [1]). Quibus rationibus motus Impera-

[1]) Euincitur et illuſtratur hoc egregie exemplo, quod habent libri βασιλικῶν, *l. VII. tit. III. §. 33. p. 275.* Scripſerat quidam teſtamento heredem extraneum. Mortuo teſtatore vxor ſe grauidam dicit, et haut multo poſt partum edit. Quo nato poſcit, vt teſtamentum rumpatur. Verum ſe opponit heres ille extraneus, teſtamentum valere ait, contendens poſthumum illum non ex defuncti vxore, ſed ex ancilla natum eſſe, illique inſignem hanc ſtatus quaeſtionem mouet. Igitur quaeſitum fuit, vtrumne de praeiudiciali quaeſtione *ſeparato iudicio* eſſet agendum. Negauit illud Imperator et ita reſcripſit: Ὅτι κινουμένης τῆς τὴν κληρονομίαν ἀπαιτούσης ἀγωγῆς, προσήκει τὴν δικαστὴν πᾶσαν οἱανδήποτε ἔξωθεν ἀνακύπτουσαν ζήτησιν, καὶ διαφέρουσαν τῇ τοιαύτῃ ἀγωγῇ διαλύειν. Οὐ λέγω ὅτι εἰ νῦν ἄρχων ἐπαρχίας δικάζει ὁ δυνάμενος καὶ περὶ τύχης κρίνειν, ἀλλ' εἰ καὶ τοιοῦτος ἦν ὁ δικαστής, ὃς εἰ καὶ πρωτοτύπως ἐκινεῖτο ἡ περὶ τῆς τύχης ζήτησις, οὐκ ἠδύνατο ταύτῃ δικάζειν. ἀλλ' οὖν προσήκει ὡς κεφάλαιον τῆς ἀγωγῆς τῆς ἀπαιτούσης τὴν κληρονομίαν, καὶ περὶ αὐτοῦ διαλαβεῖν· ἡ γὰρ ἀπόφασις οὐ μέλλει περὶ τῆς τύχης ἐκφέρεσθαι, ἀλλὰ περὶ τῆς κληρονομίας etc. *quod, inſtituta petitione hereditatis, pertineat ad officium iudicis, vt omnem qualemcunque extrinſecus incidentem quaeſtionem eiuſmodi quoque actioni profuturam dirimat. Non dico, ſi praeſes prouinciae nunc iudicet, qui de ſtatu cognoſcere poteſt, ſed et ſi talis iudex ſit, vt ſi principaliter cauſſa ſtatus ageretur, non poſſet de ea iudicare. Pertinet igitur ad officium iudicis, vt de ſtatu quoque diſceptet, tamquam de capite et portione actionis, qua hereditas petitur: ſententia enim de ſtatu ferri non debet, ſed de hereditate.* Ex quibus verbis, quae illuſtrationi *L. 1. C. de ordin. cognit.* egregie inſeruiunt, manifeſtum eſt, 1) actionis primariae caput ſeu fundamentum eſſe in exceptionis praeiudicialis diſcuſſione: 2) ad *officium iudicis* referri de eadem cognoſcere: 3) illam tamquam *principalis cauſſae partem* ad huius iudicem pertinere.

Digitized by Google

Imperator ALEXANDER reſcripſit, [m]) vt quoties quaeſtio ſtatus in aliam cauſſam incidat, ſeu per modum exceptionis praeiudicialis huic opponatur, ipſa apud eum quoque iudicem, qui alioquin de eadem cognoſcere nequit, discutiatur. Exceptione itaque praeiudiciali *criminali*, in cauſſam ciuilem incidente, iudex ciuilis etiam de *criminali exceptione* iudicium dabit. Vnde ſi hereditatis petitione agenti, exceptio criminis falſi in teſtamento commiſſi opponatur; de hoc idem iudex, ad cuius cognitionem hereditatis petitio pertinet, iudicat. Pari ratione vbi vxori, dotem repetenti, *adulterii crimen* obiicitur, iudicis ſecularis, de dote iudicantis, eſt cognitio de adulterio. E contrario vero, exceptione praeiudiciali ciuili, in criminalem cauſſam incidente, iudex criminalis, de tota lite, cuius pars eſt exceptio ciuilis, iudicans, etiam hanc ſententia ſua dirimit. Siquis igitur, vt ſupra exempla ſubiecimus, *de vi* criminaliter agenti obiiciat, rem, de qua agitur, eo tempore, cum vis illata fuerit, non in actoris fuiſſe poſſeſſione; quin potius poſſeſſorem, ſuo iure, dum vim vi repulerit, fuiſſe vſum: breuiter, ſi haec de *poſſeſſione* contentio ſit decidenda, illi iudici haec cognitio competit coram cuius tribunali de crimine actum fuit prius. [n]) Quae quamvis ita ſe habeant, tamen neque multis ambagibus iudici vti licet, in diiudicandis his exceptionibus, verum remotis proceſſus ordinarii apicibus ſummarie tantum in illam inqui-

[m]) *L. 3. C. de Iudiciis.*

[n]) Hoc enim clare definiunt imperatores VALERIANVS et GALLIENVS in *L. 3. C. de ord. iudic. Cum ciuili diſceptationi principaliter motae quaeſtio criminis incidit vel crimini prius inſtituto,* (ſeu *quaeſtioni criminali prius inſtitutae* vt habent *Baſilic. l. c. p. 276.*) *ciuilis cauſa adiungitur: poteſt iudex eodem tempore vtramque diſceptationem ſua ſententia dirimere.*

Digitized by Google

inquirere, illi permittunt leges. Incidenter enim de exceptione illa agitur: cauſſas vero *incidentes* ſummarie eſſe tractandas, vbique legibus eſt conſtitutum [o]).

Vel criminali et eccleſiaſtica.

§. XVII. Quae §. antec. generatim diximus, eadem quoque obtinent, ſi in cauſſam eccleſiaſticam praeiudiciali exceptione cauſſa criminalis ſit deducta. Finge tibi ſponſam, ſponſo ad conſummandum matrimonium agenti, vel lenocinii vel ſtupri crimen vel aliud adhuc grauius obiicere; tunc huius praeiudicialis cauſſae cognitio iudici eccleſiaſtico omni iure eſt relinquenda. Fuerunt quidem, et inter quos STRYKIVS [p]) nomen profitetur, qui hic in diverſa abeuntes, praeiudicialis exceptionis diſcuſſionem iudici criminali relinquendam, eamque ab eccleſiaſtico iudice ad hunc criminalem transferendam eſſe cenſuerunt. Quorum tamen ſententiam accuratiori examini ſubiecit Dn. PRAESES [q]), pluribusque argumentis demonſtratum dedit, hanc remiſſionem, ſeu commutationem, neutiquam eſſe neceſſariam. Quae cum ita ſe habeant, merito quoque iudicis criminalis iudicio quaeſtio praeiudicialis eccleſiaſtica in cauſſam criminalem incidens eſt definienda. Verum iuris Canonici principia, quae omnem iudicem ciuilem et multo magis criminalem, cuius tribunalia ſanguine madent, inhabilem prorſus ad cauſſas eccleſiaſticas diiudicandas declarant, vt, euerſis huius opinionis fundamentis, luculentur oſtendit Dn. PRAESES [r]) obſtiterunt; quamuis melius fortaſſe rei iudiciariae proteſtantium conſultum fuiſſet, ſi pontificiis deciſionibus relictis, ea maiori ſtudio,

[o]) vid. STRYKII *diſſ. de cauſſa incident. cap. II.*

[p]) *de cauſſ. incid. c. II. §. XIX.*

[q]) *in iur. eccl. proteſt. Libr. II. tit. X. §. IV.*

[r]) *Libr. II. Tom. I. tit. 2. p. 1101.*

ſtudio, quae analogiae iuris minus conuenire videbantur, emendaſſent. Vti tamen proteſtantes pleraque, quae ad proceſſum pertinent, ex iure canonico hauſerunt, ita et haec ſententia vſu fori et conſtitutionibus nonnullarum prouinciarum particularibus conſtituta et probata ex eodem fonte dimanauit.

De abuſu except. praei. §. XVIII. Cum in iis, quae antea dicta ſunt, ſatis ſit oſtenſum, quod tempeſtiuus harum exceptionum vſus reo vlterioris inquiſitionis moleſtiam auferat, eumque contra calumniam accuſatorum defendat, neminem fore credo, quin, ſi hoc negotium vtilitate metiri diiudicareque velit, inſignia, quae iis inſunt, commoda ſtatim deprehendat. Attamen magnum quoque malum ex praepoſtero intempeſtiuoque harum exceptionum vſu reipublicae oriri poſſe, nullus inficias ibo; praeſertim, ſi inconſultam temerariamque defenſorum nonnullorum mentem conſideremus, qui accuratam diligentemque omnium harum exceptionum requiſitorum contemplationem negligentes, id tantummodo agunt, vt reum ſupplicio poenaque per abuſum huius exceptionis intolerabilem eripiant. Hoc autem euenire, ea cauſſa, quam narrabo, docebit, et plura exempla experientiam conſulenti deeſſe non poſſunt. In quadam Germaniae prouincia, princeps bello orto, tributum vltra morem, vt ſubditi ſoluerent, iuſſerat. Finito bello ſubditi immunitatem eorum onerum, quae belli cauſſa impoſita erant, efflagitabant, quam cum a principe, qui eadem, quae belli tempore tributa exegerat, ſibi adhuc dari poſtulabat, impetrare non poſſent, eandem in imperii Camera quaerere conſtituebant. Hic cum principem in ius vocarent, tota vero cauſſa ſtatim finiri non poſſet, ſubditi pendente lite immunes ſe iam eſſe putabant ab iis oneribus, quorum tamen immunitatem adhuc a Camerae ſententia expecta-

pectabant. Hinc cum princeps vi executiua contra eos vti conabatur, non dubitarunt concurrere, et ſeditione facta, ſe aduerſus principem defendere. Captos autem et in carcerem coniectos huius tumultus auctores, defenſor quidam ſatis aſtute, huius *exceptionis* clypeo protegere conabatur. Nam locum eſſe inquiſitioni negabat, quoniam a Camera nondum eſſet definitum, vtrum iure an iniuria princeps tanta onera exegiſſet. Et cum inquiſitio ex deciſione hac dependeat, ſole meridiano clarius defenſor eſſe putabat, iniuſtum eſſe, eos, quorum cauſſam ſuſceperat, inquiſitioni ſubiicere velle. Verum quam lubrica illius fuerint argumenta, ex ſequentis reſponſi parte, quod illuſtris academiae noſtrae Iureconſultorum ordo dedit, vberius patebit.

Dagegen denn dasjenige, was überhaupt denen peinlich Angeklagten zum Beſten angeführet worden ihnen keines weges zu ſtatten kommen kann, anerwogen, des defenſoris *gantze aber fehlſame Abſicht dahin gegangen, durch Misbrauch der* exceptionis praeiudicialis *die gantze* inquiſition *zu Waſſer zu machen, als wenn ſolche* a quaeſtione cauſſae principalis et eius deciſione dependire, *ob die Unterthanen der Aemter* N.N. *die ausgeſchriebenen Krieges-Gelder zu zahlen ſchuldig geweſen, und dieſerwegen mit Recht exequiret werden können oder nicht? da im letzten Fall, und wenn ſie praegrauiret worden, die* ſeditio enormis *kein crimen geweſen ſeyn ſoll, ſondern mit dem* velamine defenſionis naturalis *beſchöniget werden wollen, welches gleichwohl* propitio iure *nicht defendiret werden mag, wo man nicht allen* ſeditionibus *derer Unterthanen Thür und Thor auffſperren, und die Landes-Hoheit, dergeſtalt exinaniren will,* vt magis in auctoritate ſuadendi, quam imperandi conſiſtat; *den Gehorſam aber bey den Unterthanen in eine Willkührigkeit zu verſetzen*

 geden-

gedencket, welches mit den Landes-Verfaſſungen der teutſchen Provintzen ſo wenig übereinkommt, als überhaupt mit dem ordine im perandi et parendi *keines weges beſtehen kan, wenn man nicht ſich ſelbſt wiederſprechende Dinge zugleich behaupten will, zumahl* exceptio praeiudicii *eigentlich eine ſolche* defenſio *iſt*, qua ideo ſuſpendendam eſſe dicimus cauſſam criminalem, vel ciuilem, quod eius deciſio vnice dependeat ab alia cauſſa principali in litem deducta prius decidenda.

L. 18. *pr. de probat. L.* 16. *D. de except.*

L. 25. §. 17. *de heredit. petit.*

Vnde ſi de hoc contenditur, an quis libertus ſit, ſiue operae petantur, ſiue obſequium deſideretur, prius reddendum praeiudicium, et cauſſa operarum atque obſequii interim ſuſpendenda.

L. fin. D. ſi ingenuus eſſe dicat.

Im Gegentheil wenn nicht gezweiffelt wird, reum eſſe libertum, *und nur die* exceptio *deſſelben darinn beſtehet*, ſe operis et obſequio praegrauari, *alsdenn niemand behaupten wird, daſs die* exceptio praeiudicialis *daſelbſten ſtatt finde, wenn man nicht alle und jede* exceptiones *und* defenſiones reorum, *als* praeiudiciales *anſehen und betrachen wolte, bey ſolcher Beſchaffenheit man hierbey die* exceptionem praeiudicii *nicht anders, als alsdenn admittiren kann, wenn die Beklagten darüber mit jemand im Streit verfallen wären*, vtrum eius ſubditi eſſent, *und* pendente lite, *Steuren, und* Contributiones, *und andere* ſubiectionis argumenta *von ihnen gefordert würden, alsdenn die Widerſetzlichkeit noch vor kein* crimen *gehalten, ſondern zuförderſt die* quaeſtio ſubiectionis *ausgemachet werden müſte, welches ſich doch hier nicht befindet, da die beyde Aemter S. H. F. D.* vno ore *vor ihren Landes-Herrn erkennen, demſelben gehuldiget, zu allem Gehorſam ſich verbunden erachten, und keine* quaeſtionem ratione ſubiectionis *darüber moui-*

ren,

Digitized by Google

ren, ſondern ſich nur darüber bey der Hochlöblichen Reichs-Cammer beſchweret, daß ſie indebitis collectarum exactionibus praegraui*ret würden, und alſo* in modo excedi*ret ſey, worüber auch damahls die Sache zum ordentliche. Rechts Verfahren gekommen, aber nicht* decidi*ret worden, weil, ohne Zweiffel, die meiſten den Proceß liegen laßen bis* in an. 1736. *die beyden Aemter* per conſpirationem criminalem *auf* ſuggeſtion *und Anreitzung der dreyen Haupt*-Auctorum *ſich beredet, nichts weiter zu zahlen, auch ſich nicht pfänden zu laſſen, ſondern der Pfändung zu wiederſtehen, dadurch ſie aber eingeräumet, daß ſie bishero als gehorſame Unterthanen* etiam pendente lite *gezahlet, und deſto* inexcuſabler *ſind, als ſie auf einmahl den Gehorſam in dieſem Punct dem Landes-Herrn aufgekündiget, eine höchſt ſtraffbahre Reuolte erreget, und die enormſten* inſolentien *dabey begangen, welcher Aufſtand ein* crimen *enorme bleibet, es mag gleich die* quaeſtio, *ob die H. F. Herrſchafft* die collectas indebitas exigi*ret? ausfallen wie ſie wolle; anerwogen keinem Unterthanen in ſolchen Fällen, da ſie mit ihrem Landes-Herrn in gerichtlichen Proceß gerathen, frey ſtehet, einen aller geſunden Vernunfft und* ſtatui rerum public. *zuwiederlauffenden Aufſtand zu erregen, und mit demſelben ein* bellum inteſtinum *anzufangen, als welche* poteſtas reſiſtendi *unmöglich mit dem* ordine imperandi et parendi *beſtehen kann, wie gleich im Anfange der* rationum decidendi *dargethan iſt, und hierbey gar recht* Aeneas Syluius *ſaget:* tolerandum eſt et patienter ferendum, quidquid princeps facit inique, expectandaque eſt vel ſucceſſoris emendatio, vel ſuperioris correctio iudicis, qui violentias et iniurias non ſinit eſſe perpetuas.

AENEAS SYLVIVS *libr. de ort. et auctorit. Imp. Rom. c.* 16.

Im Gegentheil aus ſolchem ſeditioſo principio, *daß denen Unterthanen das* ius reſiſtendi, et obedientiam denegandi *in Fällen, da ſie ſich praegrauiret achten, freyſtehe, die allerbetrübteſten, und höchſt gefährlichſten Suiten folgen, welche ein jeder Rechts-Gelehrter billig verabſcheuet, hier aber um deſtoweniger zu der Unterthanen in beyden Aemtern* excuſation *und* defenſion *dienen kann, als ſie die Sache ſchon ſeit* an. 1733. *klagbar gemachet und* an. 1736. *wieder* ad motum *gebracht, mithin deren Entſcheidung erwarten ſollen, und müſſen, ehe ſich in einen ſolchen Aufſtand zu verwicklen, vielmehr die Hoffnung ſicher faſſen können, daß wenn ſie* indebite *praegrauiret worden wären, das* indebite ſolutum *ihnen nothwendig wieder zu Guthe gehen müſſen, mithin es* ad 1) *ein gantz verkehrtes* principium *iſt, daß weil bey der Reichs-Cammer nicht ſo fort die remedirung zu hoffen geweſen, ſie ſo fort durch* defenſion *ſich zu wiederſetzen gemüſſiget geſehen, welches zwar* ad ſtatum Hobbeſianum, vbi bellum eſt omnivm contra omnes, *aber nicht* ad ſtatum ciuilem applicable *iſt: noch weniger* ad 2) *die beſtätigten Freyheiten und Gerechtigkeiten ihnen ein Recht zum Aufſtand, wohl aber* ad fundandam actionem intentatam, *geben können, daher auch* non obſtante litis pendentia in Camera *die Hochlöbliche Reichs-Cammer ſelbſt erkannt, daß dem Landes-Herrn unbenommen, gegen die Uhrheber ſolcher Wiederſpenſtigkeit mit legaler inquiſition zu verfahren und nach Einholung unpartheiiſcher Rechts Gelehrten Gutachten dieſelbe zu beſtraffen,* eo ipſo *alſo gar wohl eingeſehen, daß die* exceptio praeiudicii *hier nicht anzutreffen, noch applicable ſey, vielmehr* ad 3. et 4) *da dieſe Sache bereits Rechtshängig gemacht worden, deren Ausgang abgewartet, und der Proceß continuiret werden ſollen, zumahl ob ſie gleich ein* mandatum de non praegrauando *erhalten, jedoch* eo non

obſtan

Digitized by Google

obſtante *die Sache zum rechtlichen Verfahren gediehen, und dahero zu erwarten geweſen, ob es bey ſolchem* mandato *verbleiben würde, oder nicht? welches* ad 5) *noch nicht in gedachter* ſententia decidir*et*, *ſondern theils* ratione futuri, *wie es mit dergleichen Ausſchreibung zu halten ſey, beſtimmet*, ratione praeteriti *aber erſt* interloquir*et worden, und die Haupt*-deciſion *deswegen zu erwarten ſtehet, inzwiſchen doch zugleich* via inquirendi *in eben demſelben Urtheil eröffnet, und* ad 6) *ungegründet iſt, daß hier eine* exceptio praeiudicialis *vorhanden ſey*, vtpote quae ſuſpendit cauſam a priori dependentem, *welches dem Cammer-Gerichts-Urtheil* par tout *entgegen läuffet, und bey ſolchen groben* criminibus et factis per ſe illicitis *es ſehr ungeräumet iſt*, dolum *zu leugnen* et fatuam cauſam pro eius remotione *anführen zu wollen* etc.

THOMAS. *diſſert. an fatua cauſa excuſet a dolo.*

Cum igitur ea attulimus, quae difficili de exceptione praeiudiciali quaeſtioni lucem aliquam affundere poſſe videntur, finem nunc huic diſſertationi imponimus, Teque lector beneuole rogamus, vt boni aequique de ſtudio noſtro tibi inſeruiendi pro humanitate conſulas.

CLA-

CLARISSIMO AVTORI, RESPONDENTI,

IOANNI GEORGIO BVCHHOLTZ,

S. P. D.

PRAESES.

Eſt quorumcunque negotiorum, in quibus vita hominum quotidiana verſatur, ea ratio et conditio, vt, niſi ordine legitimo et praeſcripto peragantur, et, quae praecedere debent, ſequentibus praemittantur, ſumma rerum confuſio inducatur, ex hac vero nodi emergant inexplicabiles. Quae cum ita ſint, laudanda merito legum prouidentia, quae ordinem cauſſarum iudicialium exacte quoque determinarunt, et quae in iis praecedere, quae vero ſequi debeant, perſpicue ordinarunt, atque hanc ob cauſſam illa, quae praecedere debent, *priora*, quae vero deinceps et poſt illa agenda ſunt, *ſequentia* notanter dixerunt. Talem oeconomiam inter ipſos litigantes deprehendimus, vt is, cui defenſio primum competit, *prior*, ille vero *ſequens* vocetur, contra quem amiſſa cauſa competit regreſſus. [a]) In ordine ſuccedendi dantur *priores*, et *ſequentes*. [b]). Etiam ipſos inter creditores quidam ſunt *priores*: quidam *ſequentes*, ita vt his ſatis fieri ante illos nequeat, niſi ius prioris creditoris in eos tranſierit, [c]) vel *ius ſequentis* priuilegio munitum fuerit. [d]) Sunt etiam fideiuſſores *principales*: ſunt praeterea *ſequentes*, qui illi indemnitatem promiſerunt.

[a]) *L. 63. D. de re iudic.*
[b]) *L. 1. §. 8. de ſucceſſ. edict.*
[c]) *L. 7. in f. D. de reb. eor. qui ſub tut. vel cura ſunt.*
[d]) *L. 5. D. qui pot. in pign. habentur.*

Digitized by Google

ſerunt. [e]) Sequens actio vocatur, quae ex priori nata eſt, [f]) et ſic poſt illam mouenda. Prae ceteris vero ordo talis in *praeiudiciis* occurrit, id quod in ſpecimine eruditionis, quod Tu, CLARISSIME RESPONDENS, in publicum edere conſtituiſti, optime et accurate monſtras, ſimulque vſum legitimum et abuſum huius argumenti perſpicue tradis, vt quae cognitio *prior*, quae *ſequens* eſſe debeat, inde facile liqueat. Ita enim inſtituiſti et tenuiſti ſtudiorum Tuorum curſum, vt quae priorem locum in iis obtinere debuerint, h. e. fundamenta ſolida iurisprudentiae, ante omnia praemiſeris, et ſtrenue ſecutus fueris; nunc vero *ſequentia* etiam addas, h. e. profectuum Tuorum egregiorum teſtimonium exhibeas publicum, quo iter ad gloriam, *Sapientiam* excolendam, et reipublicae munia capeſſenda Tibi aperuiſti. Ipſa diſſertatio a Te elaborata et edita, vires animi Tui in iuris ſtudio corroboratas, eruditionem ſolidam, et diligentiam, qua prae ceteris inclaruiſti, comprobat, meque conuincit, Te ſcopum, quem Tibi in hac palaeſtra regia propoſuiſti, attigiſſe, et ad ipſam expeditionem in militia togata ſuſcipiendam habilem et aptiſſimum factum fuiſſe. Sicuti vero hic Tuorum laborum fructus me mirifice delectauit, ita aequum etiam eſt, vt de hoc ſpecimine Academico Tibi gratuler Tibique quaeuis ſecunda votis ardentiſſimis apprecer. Dab. e Muſ. d. XVIII. Iun. MDCCXXXIX.

EXER-

[e]) *L. 27. §. 2. de fideiuſſ.*
[f]) *L. 9. §. vlt. de pecul.*

Digitized by Google

EXERCITATIO XCIII.

AD LIB. XLIV. PAND. TIT. IV.

DE

EXCEPTIONE METVS INIVSTI IN STATV NATVRALI ET CIVILI.

CAP. I.

DE METV INIVSTO.

ARGVMENTVM.

I. II. Spes et metus quid? III. IV. Cautio de legibus et pactis poena muniendis. V. Spei et metus excitatio indifferens, VI. ex fine et iure agentis iuſta vel iniuſta fit. VII. An religio vi promoveri poſſit? VIII. Ius ſpem et metum excitandi quatenus principi, IX. vel patri vel Domino competat? X. quatenus aequali? XI. Huic in ſtatu ciuili negatum. Huius poena. XII. Metus iniuſtus quis? XIII. XIV. An valeant pacta metu extorta? ICtorum ſententiae.

§. I.

Diuerſitas appetitus hominis circa res.

Nihil frequentius inter homines videre licet, quam quod voluntates eorum circa res appetendas maxime diuerſae ſint, adeo, vt, quod hic tanquam *bonum* appetit, idem alter ac *malum* auerſetur. Vnde hoc? cum rerum qualitas ſemper eadem, et quod vere bonum non poſſit eſſe malum, ac contra. Ratio rei petenda eſt ex diuerſitate cognitionis intellectus ſpe ac metu excitati, quem voluntas ſemel in motum deducta preſſo, vt ita dicam, pede ſequitur, adeo, vt, quae ille cognoſcit tanquam bonum, voluntas non poſ-

ſit

Digitized by Google

quid bonum et malum?

ſit non appetere, quae contra ipſi videntur mala, haec abſolute ac ſimpliciter auerſetur. Eſt autem *bonum* nihil aliud, quam quod *perfectionem nobis quandam conciliat*, malum vero, *quod iſtam imminuit*, aut *plane deſtruit*.

Sunt obiectum ſpei ac metus.

§. II. Vti vero bonum, quando praeſens eſt, *gaudium* in nobis excitare aptum eſt; ita malum praeſens nil niſi *triſtitiam* parit. Illud futurum *ſpe* animos paſcit; hoc futurum illis *metum* iniicit. Sunt autem *ſpes* et *metus* illi duo affectus, ad quos reliqui ad vnum ferme omnes commode referri poſſunt, quod et facit HOBBES. *Leuiath. C. VI. in f.* THOMAS. *in fundam. I. N. et G. c.* 2. Regitur quippe homo iis circa omnes actiones ſuas, adeo, vt *ſine cupiditate* (quo vocabulo *ſpes* apud alios audit) *metuque viuere hominem non magis poſſe, quam ſine ſenſu*, recte agnouerit Philoſophus ille Malmesburienſis *l. cit.* Quid enim SPES aliud, niſi *cupiditas boni coniuncta cum opinione illud obtinendi?* quid METVS? *auerſio cum opinione mali ſecuturi?* CICER. *Qu. Tuſc. L. III.* In illo autem obtinendo, hoc declinando omnem verſari vitam noſtram, quotidie experimur. Hinc de *metu iniuſto*, indeque competente exceptione, diſputaturo ſimul quoque de eius oppoſito, *ſpe*, neceſſario dicenda nonnulla erunt. Fuſius naturam vtriusque examinant THOMAS. *l. cit.* et GVNDLING. *de efficient. metus tum in promiſſionibus liber. gent. tum etiam hominum priuatorum cap. I.*

Definit. eorum.

Id quod LLatores in ferendis LL. obſeruant.

§. III. Cum autem, vt paulo ante monui, tota vita hominum circa *ſpem* ac *metum* verſetur; hoc maxime mouit LLatores, vt in ferendis legibus praemiis propoſitis *bonorum ſpem*, poenis vero *prauorum metum* excitarent. Talem leges ferendi rationem ICti Romani adeo neceſſariam duxerunt, vt leges imperfectionis arguere non dubita-

Digitized by Google

rint [a]), quae praeter *definitiuam partem* inſimul non conſtarent et *vindicatiua*, κατ ἐξοχὴν *ſanctio* dicta §. 10. *I. de D. R.* Illa, vt ſcirent ſubiecti, quid faciendum omittendumue ſit, vt bonorum ciuium munia obiiſſe dici poſſent, praemiaque legum obſeruantiam concomitantia expectare; hac, vt ipſis inſimul conſtaret, quid patiendum iuſſa exequi negligentibus. Nam, *uti propter prauitatem ingenii humani in vetita tendere amantis, ſuperuacaneum eſt dicere, hoc fac, ſi non facientem nil mali ſit manſurum; ita abſurdum eſt dicere, poenas dabis, niſi cauſſa, quae iure poenam mereatur, praeceſſerit;* verba ſunt PVFEND. *Op. Mai. L. I. c.* 6. §. 14. et *Op. Min. L. I. c.* 2. §. 7. Ipſe Decalogus hiſce duabus conficitur partibus, ſufficienti indicio, optimam hanc eſſe LL. ferendarum rationem.

et priuati circa pacta.

§. IV. Non autem tantum LLatores hac via procedere deprehendimus, ſed & in priuatis obligationibus pactitiis obtinuit, vt, propoſito *bono* quodam & *malo*, animi paciſcentium flecterentur. Res hæc per ſe plane indifferens. Quis enim me contra ius feciſſe aſſereret, ſi ſub ſpe lucri ac commodi ad obſeruanda, quæ mecum iniiſti, pacta te excitem, quem vel ſine hac eſca ad id obſtringit religioſiſſimum illud iuris nat. præceptum: PACTA SERVA, quod egregie exponit PVFEND. *Op. Mai. L. III. c.* 4.

a) MACROB. *Somn. Scip. circa f. Inter LL.* inquit, *illa imperfecta dicitur, in qua nulla deuiantibus poena ſancitur.* Pro tali imperfecta lege habuerunt Legem Cinciam (de qua VLPIANVS *pr. Tit. I. in fragmentis*, et fuſius FRID. BRVMMER *in ſpeciali Comm. ad hanc legem* quae extat inter eius opuſcula iunctim edita Lipſ. 1711 in 8vo) eo quod nulla alia illi adiecta fertur clauſula quam haec; *qui ſecus fecerit, improbe feciſſe videtur*, quanquam infamiam poenae loco hic fuiſſe vel iudicum arbitrio eam relictam putat PVFEND. *L. I. cap. 6. §. 14.* qui plures eiusmodi LL. imperfectas ex antiquis ſcriptoribus affert, qualem et notat GROT. *L. II. c. 5. §. 16. in. not.* conf. CVIAC. *in L. I. de I. et I.*

Digitized by Google

c. 4. §. 2. *& Op. Min. L. I. c.* 9. §. 3. add. GROT. *L. III. c.* 19. §. 1. Aut, num ius tuum me læſiſſe dices, ſi, malo minitato & expoſito, ad explenda promiſſa volentem adigere coner? Minime gentium. Approbat hunc vltimum modum ipſa conuentionum pœnalium natura, qua uno eodemque tempore ad duo te mihi obſtringis. Ad primum, dum præſtanda præſtare promittis: ad alterum, dum, ſi datam feſelleris fidem, ad certam te obligas pœnam. Exempla eiusmodi conuentionum pœnalium ex iure ciuili proſtant multa; ex quibus nonnulla hic afferre lubet. Notabile quoddam præbet §. 2. *de V. O.* quæ ſedes eſt huius materiæ in Inſt. vbi Imperator optimum præbet conſilium, vt ſi quis ſtipuletur, aliquid fieri vel non fieri ſimul certam pœnam ſubiiciat, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac actori neceſſe probare, quod eius intereſt. Quæ probatio cum ſit difficillima, optime omnino ſibi proſpicere putauit Imperator, ſi ſtipulator *certam* ſibi *pœnam* ſtipularetur, quo ſi in illa ſuccumberet, ſatisfactionem haberet. Aliud exemplum occurrit in *contractu emt. vend. ſub lege Commiſſoria*, qua, ſi conuentum pretium ad præſtitutum diem non fuit ſolutum, loco pœnae *arrham* vel partem pretii ſoluti amittit emtor, *l.* 4. §. 1. *l.* 6. *pr. de lege commiſſ.* LAVT. *ad d. tit.* §. 13. *ſeq.* ibique *Commentatores* apud MOLLENBEC. In caſu quoque *pœnitentiæ* vulgo *Reu-Kauff*, *Reu-Geld*, non ſolum a venditore ſed & emtore pœna conuentionalis valide promittitur. BERLICH. *P. I. dec.* 43. BESOLD. voce *Reu-Kauff*. Hæc aliaque plura exempla pœnarum conuentionalium videri poſſunt apud LAVTERB. *diſſert.* ſingulari *de pœna conuentionali*, cui add. eiusd. *tract. d. Arrha.*

vnde conuentiones poenales l. l. has approbatas.

§. V. Licet autem, vti iam monui, per ſe indifferentia plane ſint, *ſpem boni* in alio excitare, aut *metum* alicui incutere; nihilominus tamen circumſtantiæ hic rem im-

Spei et metus excitatio actio eſt indifferens.

Digitized by Google

Iuxta rerum circumſtantias mox bona, mox mala. mane quantum mutare poſſunt, adeo, vt pro earum diuerſitate mox eadem actio pro *bona*, mox iterum pro *mala* reputari queat; vt itaque *metus incuſſio* non ſimpliciter pro actione moraliter mala, nec *ſpei excitatio* pro moraliter bona habenda ſit. Hoc ſequens illuſtrabit exemplum. Quis enim vitio mihi verteret, ſi cui, leges tam diuinas quam humanas violare non dubitanti, iterum iterumque in memoriam reuocarem pœnas eiusmodi farinæ homines manentes, ſi id facere non deſiſterem, donec metum horum malorum animum eius occupaſſe intelligerem, ſicque in rectam cum reducerem viam, vt nunc aliam agere vitam, alios induere mores inciperet? Quis, inquam, ideo me carperet? E contrario ſi, ſpe facta lucri, ad homicidium, ad furtum, ad rapinas, ad iniurias inimico meo inferendas, aut ad aliud quoddam nefandum ſcelus quem adigere tentarem, aut quæſitis vndique blanditiis animum eius ad turpiter agenda deliniirem, num me recte egiſſe quis crederet? Vix puto. Non poſſum itaque non approbare LEGEM illam ATTICAM, quæ atrocius in eos ſtatuebat, qui ſub *ſpe lucri* potius, quam *vi aperta* metuque incuſſo virginem corrupiſſent. LYSIAS *Orat. I.* PVFEND. *L. II. c.* 5. §. *XI. in f.* *Multo* enim *grauius eſt* monente LIBANIO *Declam. II. edit. Morell. p.* 222. *perſuadere, vt flagitioſa eſſet, quam neceſſitate adhibita dedecorare.* Et recte VLPIAN. *l.* 1. §. 3. *de ſeru. corrupt. perſuaderi*, inquit, *eſt plus, quam compelli atque cogi ſibi parere.* Hinc quoque eſt, quod LL. Romanæ grauius coërceri voluerint, qui ſeruum perſuaſione aç ſpe facti lucri corrumperet, quam qui vi eum cogeret. vid. DD. *ad tit. de ſeru. corrupt.*

Vbi maxime ratio habenda finis eius, §. VI. Ex dictis itaque ſufficientet conſtare puto, in diiudicanda moralitate *ſpei* et *metus* excitandi *finem* potiſſimum eſſe attendendum, cui quoque addas velim ius

eius,

Digitized by Google

eius, qui ſpem vel metum producit. *Finis* enim in moralibus ſemper eſt optima menſura mediorum. Si itaque ſpei aut metus excitatio adhibita eſt ad prauam eliciendam actionem, vituperanda: ſin ad bonam, laudanda eſt, id quod exempla *praec.* §. allata illuſtrant. Dein conſiderandum quoque erit, quodnam habeat ius ſpe lactans vel metum incutiens. Si enim illud demonſtrari nulla ratione poteſt, diiudicatu facile erit, iure ne an iniuria per metum ad edendam actionem te perduxerit, quae iniuria eo manifeſtior atrociorque, quo magis indifferens eſt actio, quae vi aut metu a te extorta fuit. Vnde non difficilis erit reſponſio ad quaeſtionem, num perſecutiones religionis ergo ſuſceptae iuſtae ſint? Videtur illa prima fronte affirmanda, eo quod finis earum optimus eſt, honor nimirum ac gloria Dei. Quaenam enim actio melior, quaenam iuſtior eſſe poteſt, quam ad hanc promouendam quae tendit? Iam vero illa nulla ratione magis promoueri videtur, quam ſi eo omnes intendamus neruos, vt in religione conſpiremus omnes, *vnumque corpus*, *vnum ſpiritum*, *vnum habentes dominum*, *vnam fidem*, *vnum baptiſma* etiam deprehendamus in vnitate mentis. Veruntamen, quin, hoc non obſtante, negatiuae firmiter inhaeream, non vnum me mouet argumentum; vnde enim ius illud probas, quod vi metuque adhibito religionem propagare liceat? Nam, ſiue prouoces ad rationem ſiue ad reuelationem, ſuccumbis. Non ſuccurrit tibi ratio, quia finis, quem intendis, eſt impoſſibilis, ac conſequenter media ad eum obtinendum abſurda ſint atque inepta neceſſe eſt. Conſcientiis enim dominari, ſupra humanas eſt vires, interque reſeruata Dei; quod vtinam omnes Principes ita agnoſcerent, quemadmodum STEPH. BATHORAEVS et MAXIMIL. II. qui, quando ad profundendum Proteſtantium ſanguinem incitaretur, ſaepius dicere ſolitus eſt: *Nullum* pec-

qui ſpem vel metum excitat.

ac dein quodnam ad illa habeat ius.

num perſecutiones propter religionem ſint licitae? Rationes affirmat.

Negatiuae veriores.

Digitized by Google

peccatum grauius eſſe, quam conſcientiis dominari velle; item: *hoc idem ſibi videri ac ſi quis coelum oppugnare vellet*. vid. CRATO *in Orat. eius Funebri*. Idem in literis quoque ad LAZ. SVEND. apud GOLDAST. *conſt. Imp. T. 2. p.* 383. ſic loquitur: *Es iſt in Wahrheit nicht anders als ihr vernünfftiglich ſchreibet, daß Religions-Sachen nicht wollen mit dem Schwerd gerichtet werden. Kein erbahrer, Gottsfürchtiger und Fried liebender wird es auch anders ſagen.* Digna profecto verba tanto principe! Et ſane aeque eſt fruſtranea vis, qua ad *credendum* cogere intendis, quod pro falſo habere intellectus iubet euidenter, ac ſi cogere quem velles, vt haberet pro nigro, quod oculis eius tanquam album ſe repraeſentat. Hypocritas quidem facies, qui ſpe lucri aut metu violentiae tuam religionem ore profitebuntur, animo ab eo remotiores quam oriens ab occidente. At, num ita finem tuum obtinuiſti? Nonne potius *Dei gloriam* profanaſti, dum ad tam atrox peccatum proximum inuitas? Inſtas: ſi non *directe*, tamen *per indirectum* ad finem meum peruenio. Scilicet in deſcendentibus eorum, quos ſpe aut metu ad caſtra mea pertraxi. Sed, num facienda mala, vt inde eueniant bona? Porro, nec te iuuat reuelatio; nam ſiue adducas illud: COMPELLE INTRARE *Luc. XIV.* 23. ſiue alia ſexcenta ſcripturae dicta, quibus cauſam tuam legitimare putas, fruſtra eſt. Siniſtram enim tuam mentique diuinae plane contrariam interpretationem indicat vel hoc vnicum argumentum, quod Deus non poſſit media concedere ad obtinendum finem, non dicam difficilem, ſed plane impoſſibilem. Nec voluit talia conuertendi media, cui facile admodum, regere animos hominum, ſi ita ipſi viſum fuerit, vt non poſſint non veritatem agnoſcere, quemadmodum conuertit v. g. furentem Saulum multosque alios.

§. VII.

Digitized by Google

Auguſtini ſententia pro aſſirmat.

§. VII. Equidem non nego magni nominis Theologos in ea fuiſſe ſententia, religionem recte cogi poſſe. Inter hos eminet imprimis inter Patres D. AVGVSTINVS *in pec. Ep. ad Bonifac. et Vincent.* quamuis antea hoc ipſum improbauerat. Huius argumentis moueri ſe paſſus dicitur Magnus Gallorum LVDOVICVS, quare ſuperiori ſeculo contra fidem etiam a ſe, patre, ac auo iuratam in grauem illam Hugenottarum perſecutionem rueret, teſte CLERICO *in ep. crit. p.* 353. Rectius tamen ſenſerunt alii Chriſtiani veteres, eiusmodi perſecutiones religioni quam maxime aduerſari, exiſtimantes, qua de re egregie THVAN. *in epinuncup.* ad HENRIC. IV. *praemiſſa libr. hiſt. Certe.* inquit, *ſi verum amamus in ſacrae antiquitatis vetuſtis omnibus monumentis, nullum ſupplicii de ſectariis ſumti approbati exemplum extare fateamur neceſſe eſt, eccleſiamque priſcam a fundendo cruore ſemper abhorruiſſe. Quod ſi quando accidit, id pii vere Epiſcopi deteſtati ſunt, vt in Priſcillanis apparet.* conf. quae aduerſus AVGVSTINVM aliosque locor. S. Scr. huc ſpectantium detorſiones eleganter diſſerit acutiſſimus BAELIVS *dans ſon commentaire Philoſophique ſur ces paroles de Ieſus Chriſt, contrains les d' entrer.* Add. van DISSINGAV *in der information von der autonomia*, vbi, qualis ſtatus fuerit autonomiae ſeu libertatis religionis a mundo condito ad ſua tempora, multa eruditione oſtendit. Praeclara quoque ſunt, lectuque digniſſima, quae circa hoc argumentum diſſeruit ſumme Reu. AD. RECHENBERG. Vir profundiſſimae eruditionis, accuratiſſimique iudicii, in duabus diſſ. altera, *an cuius regio, eius quoque ſit religio*, quae maxime contra TH. HOBBIVM, atque HADRIAN. HOVTVYNVM eſt directa; altera, *de relg. armis defenſa*, vt adeo nil certius eſſe exiſtimem, quam, vt, ſi quid circa religionem efficiendum, id hortando ac ſuadendo ex verbo

rectius ab aliis refutata.

diuino fiat, non vi ac armis, prudenter monente, totius Germaniae olim Praeceptore, PH. MELANCHTHONE *in expoſ. Euang. Domin. P.* 3. *p.* 100. *ſeqq.* Et placet omnino illud CASSIODORI, *Deus*, inquit, *diuerſas patitur religiones, cur nos auderemus vnam imponere? Ea enim eſt verbi diuini conditio, vt nullis violentiae catenis ſe patiatur conſtringi, ſed, quo magis opprimitur, eo magis renitatur;* qua de re omnia Europae regna funeſtiſſima praebent exempla. conf. SYRING. *de P. R. c.* 7. *p.* 72. *ſeqq. i. c.* 15. *p.* 160. *ſeqq.* Sic etiam LVTHERVS *Nihil*, inquit, *abſurdius eſt, quam fidem in anima, quae ſpiritus eſt, cogere velle, cum aſſenſus, qui fidei pars eſt, ſit actus a voluntate elicitus. T.* 2. *Ien. fol.* 180. *i. f.* 129. *ſq. T.* 4. *f.* 180. conf. et eius *Tr. von Weltl. Obrigkeit* 1523. *editus*, et GERHARD. aliosque ad locum de Magiſtr. polit. Legi hic quoque meretur elegans conſilium ab anonymo, id eſt B. Dr. SPENERO editum ſub tit. *Abdruck eines Bedenken, ſo über die Fragen etc.* 1683 §. 12. 14. *ſq.* 22. *ſq. et* 26. LVD. DE MONTESPERATO *in vindic. pac. Oſnabr.* §. 7. CONRING. *de pace ciu. Proteſtant. danda* in praef. PAVLVS VOLADIMIRVS *in T.* 3. *Concil. Conſtant.* ab HERM. *von der Hardt* edito p. 10. ſeqq. Eruditiſſimus Cancellarius Tubingenſis Dn. C. M. PFAFFIVS in *diſſ.* 1. *de praeiudic. Theol.* Hagae Com. edita §. 26. recuſa in primitiis Tubing. 1719. 4. SAM. WERENFELS in epiſtola *de iure in conſcientias ab homine non vſurpando.* His addatur ex exteris, qui ſolide hoc argumentum tractarunt, GERHARD. NOODT ICtus celeberrimus in elegantiſſima *orat. de religione ab imperio iure gentium libera*, quam propter res maxime in ea ſingulares in gallicam tranſtulit linguam 10. BARBEYRACVS ſub tit. *diſſ. ſur la liberté de conſcience.* Spectant huc quoque ELIVE SAARINI *reflexions ſur les droits de la conſcience*, et qui non minorem laudem meretur,

Digitized by Google

tur, IO. BASNAGE *traité de la conſcience*. Denique non praetereundus hic eſt, quem primum laudare debebam, DN. PRAESES, qui pariter hoc argumentum, pro more ſuo, multa tractauit eruditione in ſingulari diſſ. *de iure circa libertatem conſcientiae* praemiſſa iuri eccleſiaſtico, itemque THOMASIVS diſp. *an haereſis ſit crimen*, §. imprimis 10. *ſeqq.*

Ius ſpem metumque excitandi competit 1. Superiori, qui eſt vel Princeps.

§. VIII. Cum itaque *in iure* ſeſe fundare debeat ſpem aut metum repraeſentaturus, nunc quoque conſiderandae erunt perſonae, quibus hoc competat. Occurrit hic (1) *ſuperior*, id eſt is, cui actiones noſtras ad vtilitatem publicam dirigendas ſubmiſimus; quo ipſo iuſtas exigimus cauſſas, cur, vt eas non amplius ex voluntatis noſtrae libertate, ſed ipſius potius arbitrio inſtituamus, poſtulare queat. Vnde ſua ſponte fluit, ius ipſi datum, renitentibus metum repraeſentandi, vbi ſpe parum profecerit. Limitantur tamen dicta: (1) ſi contra bonos mores quid, aut talia, quae contra expreſſam ſupremi Numinis voluntatem ſunt, iuſſerit. Tunc enim iuxta effatum HORAT. *l.* 3. *od.* 3.

Iuſtum et tenacem propoſiti virum
Non ciuium ardor, praua iubentium,
Non vultus inſtantis tyranni mente
quatere ſolida debet.

Recte eiusmodi Principi cum Apoſtolo occinere licet: *Deo magis obtemperandum quam hominibus*[1], potiusque furori eius ceruicem praebendam, quam latum vnguem a Dei recedere iuſſis. Bene hinc BASILIVS *in mor. ſum.* 79. *T.* 3. *p.* 509. *Poteſtatibus praeeminentibus ſubiici oportet, in quibus mandatum Dei non impedierit;* et eleganter SOCRATES *ap. Platon in apol. Vos*, inquit, *o viri Athenienſes, complector quidem et amo; At Deo potius, quam vobis obtemperabo.* Quidni itaque laudandus heroicus Da-

nielis animus, qui ſe potius Leonibus obiici paſſus eſt, quam, vt mandato Darii de non petendo aliquid intra 30. dies morem gereret? Et quis carperet obſtetrices Aegyptiacas, quod mandatum de interficiendis inſontibus puerulis inſuper haberent? *Secunda* limitatio eſt, quando mandata Principis ſupra vires ſint eius, cui actio imperatur, aut nullam plane afferant vtilitatem. *Vti* enim *primum abſurdum foret et crudele, ita naturalem voluntatis libertatem conſtringere, ſi nulla in quemquam vtilitas inde proueniat, ſuperuacuum eſt.* PVFEND. *de O. H. et C. l.* I. *c.* 2. §. 8. Imo contra pactum, ab initio cum ipſo initum, quod erat, vt ſalutem publicam promoueret, non vero tyrannum ageret. *Tertia* eſt, ſi ciues metu adhibito ad eiusmodi quid adigere tentat, vbi iuri ſuo ſemel renunciauerit. In his quippe poteſtatem imperandi ſibi ipſi ademit, adeoque contra datam agit fidem.

vel Parens. §. IX. Idem ius adhibendi *ſpei* aut *metus* inferendi porro tribuendum videtur *Parentibus*, quatenus ſcil. poteſtas quaedam liberorum actiones dirigendi ipſis ex ſtatu naturali in ciuitatibus eſt relicta. Id quod fluit ex natura imperii, quod hac ſine poteſtate inefficax ac plane foret inutile. Vti autem primaria huius imperii cauſa eſt imperfectio iudicii liberorum, propter quam ſe ipſos regere, ſibique proſpicere neſciunt: (aequum enim eſt, vt, qui ſe regere non poteſt, regatur aliunde GROT. *l.* 2. *c.* 5. §. 2. *n.* 1.) Ita ceſſante hac, illi quoque, caeteris paribus, ſi velint, ſui iuris eſſe poſſunt, nec cogendi amplius ſunt, vt ſub hoc imperio maneant, quamuis reuerentiam ac pietatem in Parentes nullo tempore negligere debeant, vtpote fundatam in meritis Parentum, quibus paria facere liberi nunquam aut rariſſime creduntur. PVFEND. op. min. *l.* 2. *c.* 3. §. 9.

vel Dominus. *et op. mai. l.* 6. *c.* 2. §. 10. Pariter in Dominis ratione famulorum vmbra quaedam huius iuris deprehenditur,

ditur, quatenus illi limites praeſcriptos non transgrediuntur.

§. X. Et tantum de *ſuperiori* aut eiusmodi perſonis, quibus hoc ius ex *imperio* quodammodo competit. Nunc quoque diſpicere lubet, in quantum *ſpem* aut *metum* repraeſentare liceat *aequali* aut *inferiori*; vbi duo ponendi videntur caſus: (1) ſcil. quoties illud noſtra vtilitas vera, ab ipſo promouenda, exigat, aut (2.) ius ipſi quoddam vel *pacto* quodam antecedente, vel ex *LL. humanitatis vniuerſalibus* quaeſitum hoc permittat. Quae de *ſuperiori* in praecedentibus dixi, nemo facile in dubium vocabit. De *aequali* autem vel *inferiori*, quoad primum caſum obiicere quis poſſet notiſſimam illam regulam, quod *beneficium nemini inuito obtrudatur. L. fin. C. vnd. legit. L.* 3. §. 3. *de B P. l.* 69. 156. *de R. I. l.* 19. §. 2. *de donat. l.* 24. *de adopt. l.* 5. *C. de emanc. Nou.* 89. *c.* 11. PAVL. *rec. ſent. lib.* 2. *tit.* 25. §. 5. conf. TIRAQ. *de Nobil c.* 6. BARBOS. *loc. comm. lib.* 2. *c.* 7. *ax.* 18. ibique citantur quam plurimi. Verum et hanc non vnam admittere exceptionem manifeſtum eſt. Sic v. g. ſi aegrotum medicamina, ſine quibus ipſi neceſſario pereundum eſt, reſpuentem, medicus adhibita vi ac metu ad illa ſumenda cogat, ſicque a morte ipſum liberet; num ita is aegrotantis ius laeſiſſe dicendus eſt? Nequaquam. Idem dicendum exiſtimo de eo, qui furioſo gladium, quo vitam ſibi adimere tentabat, eripit, etiam adhibita vi. *Multa* namque *bona praeſtantur inuitis, quando eorum conſulitur vtilitati, non voluntati, quia ſibi ipſis inueniuntur inimici. can.* 11. *d.* 45. Exempla ex iure ciuili, quibus inuito acquiritur beneficium, proſtant quam plurima. Nam et naturalis et ciuilis ratio ſuadet, alienam conditionem etiam inuiti meliorem facere, non deteriorem. *l.* 62. *de V. O.* §. 3. *per quas perſ. l.* 33. *de A. R. D. L.* 15. §. 2. *C. de teſt. manum. l.* 53. *l.* 91. *de ſolut.* Elegauter LEO

II. Aequali aut inferiori.

Nou. 102. *Duplex*, inquit, *beneficium accipit, qui cogitur beneficium accipere.*

§. XI. Ad alterum caſum quod eſt, quando ſcil. aequali ius quoddam vel *pacto* antecedente vel ex *LL. humanitatis* vniuerſalibus debeatur, in vtroque ſtatu tam *libertatis* quam *ciuitatis* ſpe experiri licet; in illo quoque metu. Quamuis primum *ſpe* potius tentandum eſſe ius ſuum videtur tanquam remedio leniori, quia non ſolum recte monente TERENT. *in Eunuch. act.* 4. *ſc.* 8. *v.* 19. et LIBANIO *in decl.* 1. *omnia prius ratione ac verbis, quam armis experiri ſapientem decet*, ſed et ſtatus ciuitatis eiusque tranquillitas *ſpe* excitata non turbatur. Quodſi autem hoc modo parum profeceris, recte ad alterum progredi licet, *metus* ſcil. *incuſſionem.* Nam qui pacto ſe tibi obſtringit ad aliquid dandum vel praeſtandum, eo ipſo ius tibi quoque concedit, ſi datam fefellerit fidem, quouis modo ad illam ſeruandam ſe cogendi. Quis enim alias paciſceretur, ſi ad ſeruanda promiſſa coactio non eſſet licita? Iam vero, vbi legitimus deficit ſuperior, quid magis naturale, quid aequitati conuenientius, quam vt proprius iniuriae ac doloris ſis vindex? Secus res ſe habet in *ſtatu ciuili.* Ibi metus incuſſionem duplici modo fieri experientia docet. (1) Si nullo plane munitus iure vi aliquid vel metu iniecto ab altero extorquetur, qui modus vocatur *concuſſio.* (2) Quando vel rem meam vel alienam, apud alterum exiſtentem, inuado propria auctoritate: vterque modus eſt prohibitus. Nam cum ibi iſta ceſſet ratio, magiſtratusque legitimus defectum prioris ſtatus reſarciat, recte is prohibuit, vt quis in propria cauſſa ſit iudex. *L. vn. C. ne quis in propr.* ibique GOTHOFR. Et tale quid tentamen LL. ciuiles grauiter coërcent. Sic qui v. g. propriam rem apud alium exiſtentem vel pecuniam ſibi debitam ante aduentum iudicialis arbitrii violenter aufert, non ſolum eam reſtituere iubetur, ſed

in ſtatu quidem nat.

non vero in ciuili.

Digitized by Google

ſed et dominio eius cadit; ſin res aliena eſt, etiam poſt reſtitutionem eius aeſtimationem praeſtare tenetur. *L.* 6. 7. *C. vnde vi*, ibique SICHARD. *l.* 22. 13. *π.* *Quod met. cauſ.* ibique BRVNN. §. 1. *Inſt. de Vi B. R.* §. 6. *de interd. L.* 7. *de vi priu.* ibique PEREZ. LAVTERB. *tit. quod met.* §. 20. Nam ad quid eſſent iudicia, ſi propria auctoritate tua arripere impune liceret? *l.* 16. *C. de iudaeis.* Adeſt magiſtratus, vt bellorum tumultuumque in ſtatu nat. frequentiſſimorum finis ſit, quo, cauſſa legitime cognita, ſine armorum ſtrepitu, quae tibi debentur, conſequaris. *L.* 176. *de R. I.* Vtinam vero dicta poena hodienum vbique vigeret, rariores ſane exiſterent eiusmodi inuaſores. At loco eius arbitrariam in multis locis introductam deprehendimus, ita, vt ius crediti maneat ſaluum. CARPZ. *conſt.* 35. *P. IV. def.* 12. vbi inprimis in SAXONIA contra GOEDDEVM id defendit. VBIQVE enim, imo in toto orbe chriſtiano eam antiquatam eſſe, probent, qui id aſſerunt, inter quos ſunt adducti apud CARPZ. *l. c. def.* 11. *item P.* 3. *dec.* 269. item FINCKELTHAVS. *obſ.* 24. conf. et PEREZ. *in C. ad L. Iul. de vi, n.* 21. BICCIVS *in reb. quot. p.* 587. Nam ſi hoc concederem de *Gallia, Hiſpania, Belgio*, de quibus id teſtantur PET. DE GREVE *ex.* 5. §. 6. IMBERT. *in Enchir. iur. Gall. verb. poen. pec. exploſ.* COVARR. *l.* 3. *var. reſ. cap.* 16. *n.* 7. CHRISTIN. *V.* 3. *dec.* 15. *num.* 10. GROENWEGEN *ad d. l.* 13. quomodo illud de tota Germania noſtra, ne dicam de toto orbe probari poterit? ſic namque non ſolum expreſſae conſtitutiones (*vid. ord. cam. de An.* 1521. *rubr. wie es in irrung* §. *und ob ſich, add. R. I. d. An.* 1537. §. *item als ſich.* 15.) illam iuris ciu. diſpoſitionem confirmant, ſed et tot extant praeiudicia, vbi iuxta eam fuit iudicatum. Sic v. g. in ſummo tribunali Wiſmarienſi ita iudicatum refert MEV. *P. I. dec.* 95. Alia praeiudicia adducit BRVNNEM. *ad d. l.* 13. *n.* 5. vbi ſimul *n.* 7. in foro conſcientiae id aequiſſimum

An poena barum LL. hodienum in vſu?

In nonnullis locis, ſed non vbique abrogata.

Id quod probatur.

quiſſimum eſſe defendit, *et cent.* 1. *dec.* 32. *cent.* 2. *dec.* 78. add. HARPPR. *ad tit. I. de V. B. R.* §. 1. *n.* 4. itemque SCHVLTZ. *lit. B.* STRYCK. *in V. M. tit. quod met.* §. 9. MENOCH. *remed.* 5. *recup. poſſ.* Nec quin aliter ſentiam mouere me valent praeiudicia in contrarium adducta apud FINCKELTH. et BICCIVM *ll. cc.* Ea enim nil aliud probant, quam quod haec poena in quibusdam tantummodo Germaniae prouinciis ſit in arbitrariam mutata, non quod per totum imperium ſit abrogata. Proinde firmiter concludendum eſſe arbitror, quod vbi contrarium non exſtat ſtatutum, aut contraria conſuetudo, ibi actori petenti iuxta legum ciu. diſpoſitionem ſit pronunciandum, iuxta regulam, *quod abrogatum non eſt, cur ſtare prohibeatur?* imo LL. ſemper praeſumuntur vigere, niſi de conſuetudine contraria manifeſto conſtet, vti de Saxonia teſtem adduxi CARPZ. *d. conſt.* 35. *add. dec.* 269. *n.* 29. ibique laudati conf. et COLER. *dec.* 125. *P. I. et* de *proceſſ. execut. in praef. n.* 14. Quid vero ſentiendum ſit de inſtrumento guarentigiato, hoc eſt, in quo a debitore data eſt facultas propria auctoritate ius ſuum perſequendi? et hic poena *d. l.* 13. ideo recte locum habere defendit MEVIVS *P. IV. dec.* 214. contra quem contrarium aſſerit BRVNN. *n.* 9. *ſqq*, praeiudiciisque confirmat. add. SOCIN. *reg.* 34.

Quinam itaque metus iniuſtus. §. XII. Sed, vt in gyrum redeam, ex hactenus dictis facile conſtare puto, quisnam ſit *metus iniuſtus*, eumque ad has potiſſimum ſex ſpecies commode referri poſſe: 1) qui ad prauam eliciendam actionem a quocunque et in quocunque ſtatu, infertur iuxta §. 5. aut. 2) ad bonam quidem actionem, ſed ab eo, qui ius ad id non habet, inicitur, iuxta §. 6. 3) qui ad indifferentem actionem, contra promiſſum, a ſuperiori infertur conf. §. 8. 4) qui ab aequali, ad alterius vtilitatem promouendam, citra ſummam neceſſitatem, et vbi mitioria ſuperſunt media bono quamuis animo

Digitized by Google

animo intenditur vid. §. 10. 5) qui ab aequali in ſtatu ciuili ad ius quoddam acquirendum iniicitur §. 11. 6) qui ab aequali in ſtatu ciuili ad ius quoddam defendendum, vbi magiſtratus auxilium ſuppetat, tentatur §. 11. Singulae hae ſpecies ſingula quoque delicta arguunt ſub generali nomine *vis iniuſtae* comprehenſa. Qui enim impingit contra *primam* cauſa exiſtit primaria peccati exinde reſultantis, ideoque etiam malis inde patiendis erit ſubiectus. Contra *ſecundam* lapſus recte arrogantiae et affectantis iuris non competentis accuſatur, vitia certe, quibus nihil ſocialitati exitioſius, ſaluti propriae periculoſius vnquam eſſe poteſt. Circa *tertiam* qui offendit, perfidiam committit; circa *quartam* vero, peruicaciter ac πολυπραγμοσυνῶς egiſſe dicendus, cuius poſterioris vitii multos ſera demum ſubiit poenitentia: circa *quintam* delinquens *concuſſionis* reum ſe facit, ac denique contra *ſextam* qui peccat praecipitantiae merito poenas dare tenetur.

§. XIII. His praemiſſis accedendum erit ad examinandam quaeſtionem: *num pacta vi metuue iniuſto extorta ſint ſeruanda, vel num illa rectius exceptione metus iniuſti elidantur?* Equidem ſtatuendum puto, pacta eiusmodi dicta exceptione omnino elidi. Ratio in promtu eſt, quia ſcil. nulla obligatio conſtitui poteſt, niſi ab eo, qui *ius* habet ex eo ſibi acquirendi; iam vero in latrone aut alio perditiſſimo homine, qui ad promittendum per vim me cogit, illud ius deficere ex illa lege naturali palam eſt, quae praecipit, *neminem laedere.* conf. THOMAS *I. I. D. l.* 2. *c.* 7. §. 64. *ſeqq. it. Fund. I. N. et G. c.* 7. §. 35. vbi ſimul §. 38. addit, poſſe etiam dici compenſari hic duas imputationes: Promittenti *ex metu* imputari *promiſſionem*; metum incutienti *incuſſionem*: vbi vero mutua compenſatio, ibi vna imputatio alteram tollit, quamuis priorem rationem pleniorem ac magis perſpicuam ipſe agnoſcat. Sic itaque regula iſta, *fidem datam*

Num pacta metu extorta ſeruanda.

ſerua, hic omnino admittit exceptionem. Etenim quid fieret, ſi eiuſmodi iniuſtis extorſionibus obligandi efficaciam tribueremus? Nonne ſic praedonibus Reſp. impleretur, boni autem ciues exterminarentur? Et quomodo magis adiuuaretur improborum iniquitas quam hac ratione? Hinc recte CICERO *l.* 3. *off.* *Si praedonibus*, inquit, *pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus eſt.* Equidem PVFENDORF. *l.* 3. *c.* 6. §. 10. *ſeqq.* pactorum eiuſmodi efficaciam negat, ſed ita, vt obligationem in *promittente* natam iure compenſationis elidi putet. Verum, quid opus hac fictione? vbi enim nulla naſci poteſt obligatio, ibi nec compenſatio eius locum habere poteſt.

Pufendorfii ſententia.

Longe alia philoſophia circa hanc quaeſtionem placuit GROTIO *l.* 2. *c.* *XI.* §. 7. virtutem obligandi eiusmodi pactis ineſſe aſſerenti. Videamus eius rationes: Dicit nimirum, adeſſe in eiusmodi promittente *conſenſum merum* atque *abſolutum*, ex quo neceſſario fluere obligationem putat. conf. ZIEGLER. ibid. Verum licet hic purus adſit conſenſus, *libertas* tamen, neceſſarium in pactis requiſitum, et *veritas* hic deficit, adeo vt, ſi metu ad illum promiſſor non fuiſſet coactus, nunquam fuiſſet conſenſurus. *Nihil enim conſenſui*, vt dicit VLPIAN. *l.* 116. *de R. I. ita contrarium eſt quam vis ac metus*, et recte cic. *l.* 1. *de off.* *Illis promiſſis ſtandum non eſſe, quis non videt, quae coactus quis metu, quae dolo deceptus promiſerit?* Inprimis autem in *matrimonio* haec libertas neceſſaria, adeo, vt ne quidem *poena conuentionalis*, ne liceret diuertere, eſſet permiſſa; late Dn. PRAESES in diſſ. *de matrim. coacto c.* 1. §. 23. Dicis, ſed coacta voluntas etiam eſt voluntas, quia ex duobus malis minimum eligitur idque ſub ſpecie boni. *l.* 3. *l.* 9. *quod met. cauſ.* Reſpondeo, hoc in delictis quidem procedit, eo quod turpe factum mali perpeſſioni delinquens praeferre amauit; hoc vero in caſu minime. Adde, quae bene obſeruat PVFEND. *l.* 3. *c.* 6. §. 10. non ſufficere, vt

Grotii ſententia vim obligandi pactis eiusmodi tribuens,

refutatur.

in

Digitized by Google

in promittente adſint principia ad obligationem producendam apta; ſed a promiſſario quoque abeſſe debere vitia, quae iuris in illo acquiſitionem intercipiant. Cum vero deficiat in latrone *ius acquirendi*, ita et obligatio eſt inanis. Quae enim lex alteri metum incutere vetat, eadem quoque ex iſto metu ius acquirere lucrumque accipere prohibet. conf. IO. EBERH. RÖSLER Prof. Phil. Tubingenſis, in diſſ. *de natura pactorum p.* 13. Vnde facile colligitur, pariter nec hic opus eſſe fictione obligationis ad liberandum, quam in promiſſario requirit GROTIVS. Quid enim opus his ambagibus, ſi meo arbitrio liberari poſſum, et obligationem nullam in me deprehendo, inprimis cum ex ipſa GROTII confeſſione *l. c. c.* 23. §. 2. promiſſor, ſi promiſſarius nolit, liberationem ſibi ipſi praeſtare poſſit. Hanc GROTII ſententiam defendere prolixe conatur eius commentator GVIL. VANDER MÜELEN, inſtituta in aliis comparatione inter latronem ac meretricem, quam iniuſte quidem corpore quaeſtum facere, non tamen libidinis cauſſa promiſſum iniuſte accipere, vel datum retinere dicit. Verum, praeter quae ad illam regerit GVNDLING. *cit. diſſ. de efficient. metus etc. c.* 2. §. 6. exiſtimarem, eam ideo quoque abſonam dicendam eſſe, quod inſignis hic adſit ratio diuerſitatis. Alia enim eſt exactio quaeſtus meretricii, alia latronis. Nam ſi meretricis exactio probanda, (quam tamen non probo, eo quod turpitudinem, quae eſt in prima meretricis profeſſione, durare puto in ſingulis actibus cum HVBERO ad *π. de cond. ob turp. vel ini. cauſ.*) illa ideo magis videretur poſſe excuſari, quia promiſſor nullam plane hic patitur coactionem, ſed ipſius arbitrio relictum manet, an velit dare aut promittere, an ſubſtrata libidine carere; ſecus ac fit a latrone, qui remedia adhibet conſenſum extorquendi quam aptiſſima.

eiusque ſectator Guil. van der Muelen.

Ff fff 2 §. XIV.

Vffelmanni ſententia.

§. XIV. Porro quaeſtionis noſtrae affirmatiuam defendere allaborat VFFELMANNVS Iuliae quondam Acad. Profeſſor, *in tr. de iure quo homo homini obligatur.* Dicit nimirum, metu preſſum, dum vere conſentit, ius quoque acceptandi concedere prementi; alias enim actus in vanum recideret, quod voluiſſe contrahentes nequaquam ipſi videtur veroſimile; hinc exceptioni metus iniuſti renunciatum fuiſſe a promiſſore exiſtimat. Iisdem fere argumentis vtitur ZENTGRAF in *ſumma iur. diu. ſect.* 2. *ſubſect.* 1. §. 12. et RACHEL. *de princ. act. human. diſp.* 1. §. 27. Sed quamuis huic aſſertioni itidem ſatisfactum iam ſit a GVNDLING. *l. c.* §. 7. (add. THOMASIVS *I. I. D. l.* 2. *c.* 7. §. 64. WERLHOF. *de pact. lib. gent.* §. 21.) hoc tamen reſponſionis loco addere adhuc lubet, ſcil. negando, veriſimile videri contrahentes noluiſſe, vt actus vani eſſent. Hoc namque de *promiſſario* tantum, non vero de *promittente* coniicere licet; ſi enim huic libere agere permiſſum fuiſſet, nunquam conſenſum edidiſſet in rem, vbi tam iniquo modo alii commodum addicere cogitur, ideoque, ſi exceptione exactionem iſtam elidere ſe poſſe ſcit, nunquam illi renunciare voluiſſe credendus eſt. Ad BRVCKNERI Prof. Ienenſis argumenta in diſſ. *de promiſſione per vim extorta*, quibus idem validitatem eiusmodi promiſſionis ſtatuminare conatur, prolixe iam reſponſum eſt a modo laudato WERLHOFIO §. 23. quo lectorem remitto. HOBBESII circa talia pacta ſententia breuiter ſubiungenda adhuc erit. Dicit ille *de ciue c.* 2. §. 16. *ſi eiusmodi pacta inualida cenſeri debeant, non tamen eo nomine eſſe inualida, quod a metu proceſſerint, propterea quod inde ſequeretur, pacta ea, quibus in vitam ciuilem homines congregantur et LL. condunt, eſſe inualida.* (Procedit enim a metu mutuae caedis, quod alter alterius regimini ſe ſubmittat.) Sed longe diuerſiſſimum huius et illius

itemque Zentgrafii et Rachelii refellitur.

Bruckneri ſententia

Hobbeſii.

Refutatur.

lius metus eſſe naturam quis non intelligit? is namque, de quo HOBBES, 1) non eſt terrens nec cominus infertur, ſed eſt cautio ad declinanda mala, quae naturalem ſtatum comitantur. 2) Non tam infertur ab ipſis in ciuitatem coëuntibus, quam a communi quodam, quem verentur, hoſte. 3) Si eſſet inter ipſos paciſcentes, eſſet tamen *mutuus*, adeo vt neutra pars de iniuria conqueri poſſit. conf. PVFEND. *l. c.* §. 13. add. ROESLER *l. c.* §. 14. *in fin.*

CAP. II.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI EX IVRE CIVILI.

ARGVMENTVM.

I. II. Exceptio ſecundum ius naturae. III. Origo ex Edicto praetorio. IV. V. Metus, et vis quid? VI. Metus injuſtus quis? VII. Non vanus quis? VIII. IX. Ob vanum non datur exceptio. Eius exempla. X. Reſtitutio inde nata. XI. Per exceptionem vel actionem petita. XII. A quo impetranda? XIII. Actio unde data? XIV. XV. An in ea quadruplum hodie decerni queat. XVI. De metu purgato.

§. I.

Poſtquam in *praec. cap.* §. 14. vidimus, pacta metu extorta exceptione *metus iniuſti* elidi poſſe, iam ad ipſam naturam huius exceptionis deueniendum nobis erit. Deſignaturis autem differentias eius in ſtatu *naturali* et *ciuili*, primo loco conſiderare lubet, quando et quatenus illi in *Tranſitus ad hoc caput.*

Ff fff 3 ciui-

ciuitatibus locus ſit? Quod, vt ordine fiat, in hoc capite diſpecturi ſumus, quaenam ſit doctrina iuris Romani circa illam; in ſequenti vero, quomodo cum ea conueniant et diſconueniant iura Pontificum.

Ratio huius exceptionis in Iure Nat. §. II. Ad originem exceptionis noſtrae quod attinet, illa ex ipſa ratione, adeoque ipſo iure naturae repetenda venit; omnis quippe pacti formale, indeque naſcenda obligatio ad aliquid dandum aut faciendum, quod antea non debebamus, aut omittendum, quod antea iure poteramus facere, conſiſtit in *conſenſu*, qui, cum perfectus, et ad producendam obligationem aptus dici debeat, neceſſe eſt, vt ſit *vltroneus*, *verus* ac *mutuus*. *Vltroneus* eſſe debet, eo quod, cum cuiuſuis promiſſi et pacti impletio cum onere ſit coniuncta, nulla propior videatur ratio, quare ſuper eo deinceps ſuſtinendo recte conqueri nequeamus, quam quia *vltro* in id conſenſimus, quod euitare penes nos erat. PVFEND. *de O. H. et C. l.* 1. *c.* 9. §. 8. et *op. mai. lib.* 3. *c.* 6. §. 1. *Mutuus* debet eſſe, id eſt, tam a *promittente* quam *promiſſario* editus. Huius enim conſenſu deficiente, nil prorſus actum videtur. ID. *ibid.* §. 15. Denique et *verus* ſit neceſſe eſt, id eſt, ſignis ad exprimendum conſenſum idoneis declaratus, qualia ſunt verba, literae, nutus aliique geſtus. PVFEND. *op. mai. l. cit.* §. *fin.* GROT. *l.* 3. *c.* 24. §. 1. *et l.* 2. *c.* 4. §. 3. *ſq.* Quotusquisque autem non videt, praecipuum ex his deficere requiſitum, quoties circa conſenſum ab altero eliciendum adhibeatur vis aut metus, quo conſenſui, iuxta VLPIANVM *l.* 116. *de R. I.* nil magis contrarium eſt? vt adeo rationi naturali nil magis congruum videatur, quam vt exceptione vis metusue iniuſti promiſſor eiusmodi tutus praeſtetur.

Vnde in iura ciuilia deflu-xit. §. III. Haec naturalis ratio mouit omnino LLatores Romanos, vt conſenſum vi metuue extortum neutiquam feren-

Digitized by Google

ferendum exiſtimarent, ſed exceptioni huic locum in foris etiam concederent, quam ideo multis quoque donarunt legibus. vid. *tot. tit. ff. quod met. cauſſa itemque tit. de doli mali vel metus exceptione C. de his, qui per met. iud. appell.* Primus in negotiis *ſtricti iuris* exceptionem *quod metus cauſſa* introduxiſſe fertur Praetor L. OCTAVIVS ſequenti edicto: QVOD VI METVSVE CAVSSA GESTVM, RATVM NON HABEBO; quam vocem Praetoris vocem Dei appellat BALDVS *rubric. de controverſ. inueſtiturae.* Floruit is aetate CICERONIS, annoque V. C. 678. cum AVRELIO COTTA conſulari eminuit dignitate, qua de re teſtimonium luculentum praebet locus apud CIC. *Orat. III. in Verrem cap.* 65. *edit. Gronou.* vbi hanc formulam diſerte OCTAVIANAM appellat. Hoc bene obſeruauit MANVTIVS *in notis ad* CICER. *officia l. I. cap. XI.* eundemque L. Octauium autorem huius formulae indicant HOTTOMAN. THOMAS FREIGIVS, CVIACIVS, quos denique plures ſecuti, inter quos maxime notandus ANTON. PEREZ. *ad C. h.* quae ſententia veriſimilior videtur, quam NOOTII, ICti apud Batauos longe celeberrimi, qui *de form. emend. doli mali c.* 16. formulae huius originem CASSIO Praetori tribuit, occaſione *l.* 4. *ff.* §. 33. *de doli mali met. except.* Tantum enim abeſt, vt id ex hoc textu erui poſſit, vt potius contrarium ibi diſerte legatur. Verba clara ſunt: *Metus cauſſa exceptionem Caſſius non propoſuerat, contentus doli exceptione, quae generalis eſt.* Add. GVNDLING. *de efficientia metus in promiſſ. liber. Gentium etc. c.* 3. §. 4. *not.* 1. *Edicti praetorii origo.*

§. IV. Quod autem fuſius exceptionis huius explicationi inhaeream, ſuperuacaneum duco, cum hunc laborem iam anticipatum deprehendo a Dd. non ſolum in Commentariis ad hos titulos, ſed et in peculiaribus ſcriptis. Quare ne actum agere videar, ſepoſita omni inani prolixitate, *Tranſitus ad ipſam tractationem.*

pau-

Digitized by Google

pauca ſaltem, eaque, quae inſtituto meo maxime congrua videbuntur, delibare animus fert.

Quid metus? §. V. Initium facio a definitione metus, qui ab VLPIANO *l.* 1. *h.* dicitur *trepidatio mentis inſtantis vel futuri periculi cauſſa.* et PAVLVS *l.* 2. *eod. vim* definit per *maioris rei impetum, qui repelli non poteſt.* *Quid vis?* Haec *duo* coniunguntur a praetore in edicto ſupra allato, eo quod *vis* pariter ac *metus* propter neceſſitatem impoſitam voluntati contraria ſint, ideoque ex vtroque actiones denegandae viderentur; in *d. l.* 1. vero detracta eſt *vis* mentio, quia quodcunque *vi* atroci fit (atrocem enim vim hic intelligi, eamque quae aduerſus bonos mores, denotat idem VLPIAN. *l.* 3. *h.*) id *metu* quoque fieri videatur *l.* 1. *in fine.* Vt adeo metus ac vis hic tanquam relata conſiderentur.

Requiritur vt metus ſit iniuſtus ratione eum inferentis. §. VI. Dictus autem metus eſt vel iuſtus vel iniuſtus. *Iniuſtus* audit ratione eius, qui illum infert, nullo iure ad id munitus. Hinc patet, illud nomen neutiquam mereri, qui infertur a magiſtratu propter ius licitum ac honorem, quem ſuſtinet *l.* 3. §. 1. *l. fin. h.* add. THOMASIVS *de vi compulſiua c.* 6. §. 14. et ita Fac. Witt. reſpondiſſe H. 1711. M. Ian. teſtatur BERGER *in oecon. iur. l.* 3. *tit.* 15. §. 9. *not.* 1. hincque fruſtra contra eum ad hoc edictum prouocatur, ſi is exequitur decreta ſua: BRVNN. *ad l.* 3. §. 1. *h.* bene vero, ſi ſine ordine iudiciario, ſeu extra iudicium, vim inferat. *id. ibid.* Neque eo defenditur, qui incarceratus propter non ſolutum debitum aut poenae loco aliquid promittit. CHRISTINAEVS *Vol. V. Dec. Belg.* 124. *n.* 9. *ſq.* STRVV. *Exercit.* 8. §. 13. aut qui per iudicialia decreta, quibus interminata erat executio, ſolutionem promiſit, MEVIVS *P. V. Dec.* 224. *et P. II. Dec.* 41. *et ſq.* licet in ipſa promiſſione dixerit promittens, ſe hoc non ſponte ſed coacte facere. BRVNNEM. *ad l.* 9. *h.* Qui enim de iniuria conqueri poteſt metum paſſus, cum iure permittente fuerit compulſus?

BAR-

Digitized by Google

BARBOS. *L. XI. Ax. c.* 33. *n.* 8. ſibique imputet, qui metu ſe vrgeri voluit ad id faciendum; quod vltro facere debebat. PVFFEND. *in op. mai. L.* 3. *c.* 7. §. 11. vbi id exemplo illuſtrat. Sic quoque metus allegari non poteſt, ſi belli tempore tribunus collectam prouinciae, vel vniuerſitati cuidam impoſitam, ſed exigi impeditam, pacis tempore poſtulat, dummodo iuſſu ſuperioris pro conſeruanda legione hoc fecerit, et ius habuerit tribunus, vid MEV. *P. II. Dec.* 224. ac inſimul probauerit, ſe legionem interea de ſuo aluiſſe; alias enim ſuam tantum portionem exigere ipſi licet, quemadmodum a *Facultate Frf.* 1658. reſponſum teſtatur BRVNNEM. *ad L. I. n.* 3. Pariter iniuſtus dici nequit metus, quem iniecit pater vi patriae poteſtatis, analogicae ciuilis, ſcil. ſecundum ius vetus; aut ſecundum ius nouum ratione peculii profectitii. *l.* 4. §. 34. *de doli mali et met. except. Iuſtus* ſeu *non vanus* metus vocatur ratione eum patientis, illum nempe ad effectum, vt actio vel exceptio exinde naſcatur. *Iuſtus ratione patientis.*

§. VII. Pro eiusmodi *iuſto metu* ſeu *non vano* leges habent, qui in conſtantiſſimum hominem cadere poteſt, *l.* 6. *h.* qualis eſt timor *ſeruitutis.* Obſtat, quod nemo priuatorum alium poſſit temere in ſeruitutem redigere. Sed reſp. poſſe quem habere documenta mea, per quae ſtatum meum ac libertatem probare poſſim, quae minitans ſe dilaceraturum, niſi dem, a me aliquid extorquet, *l.* 8. §. 1. *h.* qualis metus omnino grauis eſt. Seruitus enim morti naturali comparatur, et ſerui ciuiliter mortui dicuntur. Porro pro iuſto metu habetur, ne vis inferatur *pudori*, puta ſi quid datum ſit, ne *ſtuprum* pati cogatur vir vel mulier, cum viris bonis metus iſte maior eſſe debeat quam mortis, *d. l.* 8. §. 2. ibique BRVNN. *n.* 2. vbi addit, Theologos de earum ſalute, quae metu ſtupri violenti in flumen ſe praecipitarunt, bene ſperare. Verum, licet miſericordiae diuinae *Quisnam pro tali habetur. Seruitutis.* *Stupri.*

Digitized by Google

nullos ponendos eſſe limites exiſtimem, quin tamen eiusmodi factum ob autocheiriae crimen excuſari poſſit, addubitarem. Hinc praeſtare exiſtimarem, vim pudori inferri potius pati, quam ad eam effugiendam propricidium eligere. Vitium enim abeſſe poteſt in eiusmodi perſona, nec caſtitas laeditur, vbi voluntas deeſt. Conf. pluribus HENR. CORN. HECKER Hamburgenſis in *diſſ.* Lipſiae habita *de Autocheiria Martyrum*, vbi I. *cap.* exempla eiusmodi martyrum propricidarum recenſet, ſecundo de eius moralitate agit, quamuis et circa finem iſtam Theologorum ſententiam defendat. Praeterea iuſtus dicitur metus, *cruciatuum.* ſi quid extortum ſit per *cruciatus corporis*, vid. BRVNN. *minarum capitalium.* *ad l.* 8. *n.* 5. it. ad *l.* 4. C. *n.* 2. *h.* contra BACHOVIVM, aut *capitales minas*, inprimis ſi minitans eas exequi ſolitus ſit; ſolae enim minae non ſufficiunt. *l.* 9. *C. h.* GAIL. *l.* I. *obſ.* 4. *n.* 4. *et obſ.* 93. *n.* 7. *lib. II.* add. BRVNN. *ad l.* 7. *n.* 8. ibique citati, *l.* 4. *ex quib. cauſſ. mai. l.* 7. *C. h.* WESENBEC. *h. n.* 3. Iuſtus quoque vocatur, ſi *mortis* aut *mortis aut verberum.* *verberum* terrore quid extortum ſit, *l.* 3. *§. f. h. l.* 4. *ex quibus cauſſ. mai.* BARTOL. *l.* 7. *de Condict. ob turp. cauſſ.* ibi: *mulier, ſi probet, ſe bene percuſſam inſtrumento per virum facto conſenſiſſe, metu feciſſe videtur.* Hocque valet, licet vim paſſus in re illicita ſit verſatus, vti in furto aut adulterio, quod magis mirum, quia in his delictis comprehenſos quandoque iuſte occidere licet. *l.* 7. §. I. *l.* 8. *pr. h.* STRYCK. *V. h.* §. II. Pariter exceptioni noſtrae locum facit metus *carceris.* *carceris* ac *vinculorum*, id eſt, ſi quis in carcerem detruſus, vt quid promittat. *l.* 7. §. I. *l. f.* §. I. *l.* 22. 23. §. I. ibique BRVNN. *n.* 7. add. *l.* 9. *ex quib. cauſſ. maior.* Quod verum eſt, licet non ipſe incarceratus, ſed pater eius promiſerit, vel fidejuſſor, qui pariter ex hoc edicto iuuantur, ROLAND. A VALLE *lib. I. conſ. II. n.* 6. *ſq.* dummodo carcer ſit iniuſtus, quod plurimi volunt citati a WISSENB. *diſp.* 13. *n.* 22. Verum et ad iuſtum, cuius

Digitized by Google

cuius tamen cauſſa iniuſta, id extendendum putat BRVNNEM. *ad l.* 22. *n.* 2. Sed quomodo iuſtus carcer dici queat, cuius tamen cauſſa iniuſta eſt? non intelligo. Illud autem nihil intereſt, haec omnia in ſe quis veritus ſit an in liberis ſuis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur. *d. l.* 8. §. *f.* Vnde eſt, quod in Collegiis iuridicis obſeruari ſolet, vt, ſi pater et filius ſimul ſint torquendi, ab illo initium faciendum dicant MANZ. *de reſtit. tit.* 4. *n.* 24. CARPZ. *Pr. Crim. quaeſt.* 124. *n.* 18. MENOCH. *l.* 6. *praeſ.* 56. BRVNN. *ad d. l. n.* 3. vbi ad vxorem, fratres et conſanguineos hoc extendit cum THOMA *de* FAGVNDEZ *de l. et l. l.* 1. *cap.* 5. *n.* 5. *ſeq.* quin imo ad affines. MENOCH. *n.* 279. Hactenus recenſita pericula metus qualificati, vt exceptioni noſtrae locus ſit, merito pro praecipuis habentur, hincque a Dd. ſequenti verſiculo includi ſolent:

Excuſat carcer, ſtatus, mors, verbera, ſtuprum.

Praeter haec alia adhuc recenſentur a Dd. vti metus tormentorum, oculorum amittendorum, *l.* 3. *de extraord. cogn.* denique *amiſſionis* bonorum aliaque. vid. WESENB. *h. n.* 3. MYNSING. *c.* 3. *obſ.* 27. HAHN. *h. n.* 3. *Aliaque.*

§. VIII. E contrario nec exceptio nec actio prodeſt, ſi metus fuerit *vanus. l* 4. *ex quib. cauſſ. maior. l.* 5. 6. *et fin. h. t. l.* 184. *de R. I. l.* 13. *de re iudic. l.* 13. *C. de tranſact.* Ratio ex ſupra dictis patet, vbi ad reſtitutionem ex capite metus requiri eum diximus, qui in *conſtantem virum* cadit. Sibi autem imputet, qui vano metu territus quid promiſit. Ad hoc edictum itaque non pertinet metus, quem quis *culpa ſua* patitur, de quo caſus eſt *l.* 21. *p. h.* aut quem meticuloſus ſibi ipſi infert, metuens, vbi nihil metuendum, quod facere ſolent foeminae, maribus plerumque timidiores; pueri, et in genere omnes multarum rerum experientia deſtituti. Nec ſufficiens habetur, vt reſtitutio concedi queat, metus *infamiae* ſeu criminationis, verbis, literis, aut geſtu

Excluditur vanus metus.

Qualis eſt, quem ſua culpa quis patitur.

metus infamiae.

Digitized by Google

geſtu factae. *l.* 7. *pr. h.* Non obſt. *l.* 8. §. 2. *cod.* vbi ob ſtupri metum huic edicto locus conceditur, vid. §. *praec.* ibi enim adeſt metus infamiae realis, per quam WESENBEC. *n.* 3. *h.* intelligit veram iuris et facti infamiam, quatenus verbalibus criminationibus opponitur. Hic metus ideo iuſtus videtur, quia eum paſſus, ſi non iure notetur infamia, nihilominus tamen ſtuprum cum admittit, quod pecunia redimere poteſt, nec minus illud malum eligit, praeferendo pecuniam honeſtati, exiſtimationem ſuam apud viros graues et honeſtos non poteſt non perdere, eo quod pecuniam caſtitate maius aeſtimauit bonum. Per criminationes vero, de quibus loquitur *d. l.* 7. priuatus priuatum infamem facere nequit. Infamia enim non niſi a lege vel immediate vel mediante iudicis ſententia infertur. BACHOV. *ad Treutl. vol. I. diſſ. XI.* §. 4. *lit b.* BRVNN. *ad l.* 7. *n.* 1. *l.* 10. *C. n.* 8. *ſqq.* Sic quoque *vexationis* timor fruſtra huc allegatur; *d. l.* 7. talem enim ſi leges probaſſent ad effectum reſtitutionis producendum, quotidie lites augerentur. Vanus porro eſt metus *ciuilium munerum per l.* 8. *C. h.* Pariter nec ſuccurrunt leges ei, qui ſuſpicione metus inferendi quid promiſit; requirunt enim illae talem, qui actu praeſens ſit, id eſt, ita vt, niſi hoc vel illud fiat, malum e veſtigio et continenti adſit. *d. l.* 9. *pr. ibique* BRVNN. *n.* 1. Hinc qui ad ſolum auditum, quod hoſtis cum armis veniat, aufugerit fundumque reliquerit, hac exceptione non tutus eſt, *d. l.* 9. *pr. h.* add. *l.* 1. §. 6. *quar. rer. actio,* quia hactenus metus vere illatus non eſt, vnde illi praeuenire aliis remediis aut plane eum exſpectare debebat, quamuis non deſint, qui probabilem metus ſuſpicionem contractus reſciſſionem parere volunt. *arg. l.* 7. *C. h.* vid. MASCARD. *de probat. concl.* 10. *c.* 5. *n.* 49. BARBOS. *ad d. l. n.* 7. *ſq.* ibique citati.

vexationis.

ciuil. munerum.

periculi non dum praeſentis.

§. IX.

§. IX. Licet autem homines in dignitate conſtituti, potentiaque eminentes, multum valere ſoleant in aliorum mentes, nihilominus tamen illam ad metum arguendum, per quem excipis initum eſſe contractum, non idoneum iudicarunt LL. vid. *l. fin. §. f. π. l. 6. C. h. ibique Brunnem.* Nam nec hic metus vere eſt illatus ab alio, ſed perſona metuens illam ſibi ipſi infert, hinc ſibi imputet, quod ex eo damnum ſentiat. Ex ſola enim dignitate ac potentia non praeſumitur metus, niſi alia concurrant indicia. Vid. Dn. PRAESES *de matrimonio coacto, c.* 1. §. 26. *p.* 39. Equidem non negauerim, Principum preces pro mandatis plerumque accipi, eo quod longae ipſis ſunt manus, et repulſam illi raro inulti ferre ſolent. Interim tamen rectius exceptioni noſtrae hic locum denegarunt LL. DECIVS *Conſ.* 219. *n.* 2. MENOCH. *Conſ.* 431. *n.* 32. quia vis vera non eſt adhibita. Et quis ſe non excuſaret, potentiamque alterius praetexeret, ſi illa ad metum hunc legitimandum ſufficeret? BRVNN. *ad l. f. C. h.* Ex dictis pariter liquet, quid habendum ſit de *metu reuerentiali*, qualem inferre ſibi patiuntur, qui mariti, parentumque imperio ſubiecti ſunt. Cum enim hic iterum deficit realis metus illatio a perſona, cui reuerentia debetur, pariter inſufficientem talem metum exiſtimarem ad poſtulandam reſtitutionem ex eo geſtorum. Ipſe enim patiens ſibi hunc metum infert, ideoque LL. aſſiſtentiam non meretur. vid. *L.* 9. *pr. h. l.* 12. *de ſponſal. l.* 22. *de R. N. l.* 26. §. 1. *de pignor.* confer. I. H. BERGERI diſſ. *de reſtitut. in integr. ob reuerentiam denegata*, §. 19. *ſeqq.* Sunt tamen, qui contrarium defendere allaborant, nixi inprimis *l.* 1. §. 6. *quar. rer. act. ibi: tamen cauſſa cognita ſi liquido apparet, libertum metu ſolo vel nimia patroni reuerentia ita ſe ſubieciſſe*, cui iungunt *l.* 91. §. *f. de furtis.* Verum ſicut vterque textus *nimiam reuerentiam* praeſumit, et Praetor ſtatuit, ſe cauſſa cognita

potentiae ac dignitatis.

metus reuerentialis.

Obiectio.

Reſp.

Digitized by Google

ta deſuper conſtituturum eſſe, ita ex circumſtantiis, circa hunc metum occurrentibus, rem diiudicandam putarem cum DN. PRAESIDE *l. c.* add. ZASIUS et BARTOLUS *ad d. l.* 1. §. 6. BACHOV. ad WESENB. ANDR. SCHAEFER *Lib. II. Qu.* 2. *n.* 74. GUNDLING. *l. c. c.* 4. §. 8. *p.* 89. Si enim minae concurrant aut atrociſſima laeſio, tunc reſtitutio non denegatur. *l.* 11. *et* 12. *C. h.* Conf. GAIL. *L. II. Obſ.* 93. MEV. *P. II. Dec.* 41. *P. V. Dec.* 273. WURMSER l. *Pract. c.* 1. BRUNN. *ad l.* 6. *C. h. n.* 6. *in fine*, ibique citati, CARPZOV. *Iurispr. Eccleſ. L. II. def.* 30. Quamvis illa tunc non ex hoc capite, ſed ideo, quod vis realis illatio facta ſit, conceſſa videtur. Hinc non praetereundum duco, dari, qui, cum viderent, LL. hoc edicto non ſuccurrere metum reuerentialem paſſis, locum hic concedendum exiſtimant vtili remedio vel officio Iudicis. arg. l. *pen. de furt.* HILLIGER. ad DONELL. l. 5. c. 38. WESENB. *h. n.* 3. *et* 9. Sed recte regerit BACHOV. *n.* 3. *lit. f. Ita lex poſita erit nudis verbis, quid enim intereſt Iudicis officio, quod quale ſit non capio, an ex hoc edicto reſtitutio fiat?* Adde, quod, cum in *l.* 6. *h.* diſerte ob metum vanum, qualem hunc eſſe manifeſtum eſt, denegetur reſtitutio, legem illam fieri eluſoriam, ſi ad officium iudicis refugium pateret. Conf. LAUTERB. *h.* §. 13. Caeterum circa diiudicationem, num metus ſufficiens ſit vel non, ad hunc effectum, vt per illum geſta reſcindantur, probe iudicibus attendendum erit ad qualitates perſonarum metum prae ſe ferentium. *l.* 3. *ex quib. cauſſ. maior.* Non omnium enim eſt vna eademque animi conſtantia; aliis facilius, aliis difficilius mentis trepidationem admittentibus pro ratione *ſexus*; (ſic metus conſideratur minor in foemina, quam in maſculo, BARBOS. *l. c. n.* 6. ibique allegatis) *aetatis, valetudinis*, *affectus*, *educationis*, *peritiae* rerum aliarumque circumſtantiarum. GAIL. l. c. item de *pac. publ.*

Alia obiectio.

Reſp.

L. 1.

Digitized by Google

L. 1. *c.* 2. *n.* 5. CARPZ. *iuriſpr. eccl. L. II. D.* 29. BRVNN. *ad l.* 6. *h.* ibique quam plures citati. ZIEGLER. *ad Grot. L. II. cap. XI.* §. 7.

quomodo LL. ſuccurrunt metum paſſo? iure veteri.

§. X. Poſtquam itaque hactenus *qualitatem metus* delineauimus, nunc quoque diſpiciamus neceſſe eſt, quomodo metum iniuſtum paſſis ſuccurrant LL. Valebant negotia *ſtricti iuris* vi metuque extorta ſecundum communes Iuris Ciuilis regulas ac *ſtrictum* ius, adeo, vt, qui alium per eiusmodi promiſſa ſibi obligauerat, actionem nanciſceretur, ad petendum ab eo id, ad quod ſe vi metuque adſtruxerat. Qua de re diſertus textus extat in §. 1. *I. de except.* add. *l. pen. C. de inutil. ſtip.* vbi, dolo vel metu adhibito, actio quidem naſci dicitur, ſi *ſtipulatio* ſubdita ſit; cuius iuris fundamentum quaerendum in conſenſu, hic non prorſus deficiente, vtut is non ſit ſpontaneus; quia tamen ita promittens cum electione quadam agit, ex duobus malis minus appetens, i. e. potius ita contrahere amans quam interfici, aut aliud graue malum pati, voluntarie quodammodo agere videtur, iuxta illud: *coacta voluntas etiam eſt voluntas. l.* 21. §. *pen. h.* ibique BRVNN. LAVTERB. *ad h.* §. 21. aliique citati GRASSIO *in collat. iur. ciu. cum R. I. Sect. X.* conf. et BARBOS. *L. XI. c.* 3. *n.* 2. GAIL. *L.* 2. *obſ.* 93. *n.* 5. hinc eiusmodi negotia ipſo iure valida habebantur. Verum enimuero cum iniquum videretur, id ratum eſſe, quod aliquis, non quia abſolute voluit, pactus eſt, ſed quia coactus eſt, SEN. *L. IV. controu.* 27. et contra naturalem aequitatem, ſi cui dolus ſuus proſit, inſuperque coacta voluntas non ſit libera voluntas, adeo vt in talia promiſſor non conſenſurus fuiſſet extra metum conſtitutus, *l.* 116. *de R. I.* BARBOS. *l. c. n.* 3. praetor, moderator ſtricti iuris, *aequitatisque* cuſtos, obligationem metu extortam noluit eſſe ratam, ſed humanitatem et auxilium hic mereri metum paſſum iudicauit, ſuccur-

Iure nouo poſt Praetoris edict. per reſt. in integr.

currendo ei per reſtitutionem in integrum, per quam eiusmodi negotia reſcinduntur, omniaque in priſtinum ſtatum reducuntur. *l.* 1. 2. *de in integr. reſt.* PHILIPP. MATTH. *ad d.l.* 116. *n.* 3. Sunt, quibus hae ambages iuris ciuilis neutiquam ad palatum ſunt, quique eas maximam partem ad diſcernenda officia praetoris et iudicis pedanei inuentas volunt. vid. THOMASIVS *in I.I. D.l.* 2. *c.* 7. §. 65. TITIVS *obſ.* 114. *ad Lauterb.* aliique. Sed legibus Romanis facile ſua conſtat ratio: cum enim non praeſumatur in ciuitate degenti vis eſſe illata, atque ſic ea exceptio dubiam poſſit habere interpretationem, conueniens vtique videbatur, eiusmodi pactum tantisper ſuſtineri, donec a iudice ſuper metu illato poſſit cognoſci. PVFEND. *L.* 3. *c.* 6. §. 13. ibique HERTIVS. Aliam rationem innuit modo laudatus GRASS. *l. c.* §. 6. non negans, ſubtile Romanorum illud eſſe inuentum, rigorem iuris infimul ſecum ducens, verum ideo inductum aſſerens, vt eo melius conſulatur incidenti in manus violenti aggreſſoris, qui forte facilius a caedibus et durioribus impreſſionibus abſtinebit, ſciens etiam ad coacta promiſſa obtinenda ſibi competere actionem, quam ſi certum eſt, nullam inde prouenire obligationem.

Num hic ſubeſt ſubtilitas iuris?

Illa reſtitutio quomodo impetratur?

§. XI. Impetratur dicta reſtitutio vel per modum *exceptionis* vel *actionis quod metus cauſſa;* per *illam*, quando re adhuc imperfecta i. e. ſi ſtipulationem numeratio nondum eſt ſecuta, iniquas petentis intentiones oppugnare licet, actionemque, ſtricto quidem iure efficacem, quoad eius exercitium inefficacem ita reddere. *l.* 112. *d. R. I.* §. 1. *I. de Except. l.* 9. §. 3. *h.* Quo in caſu et locum habere poteſt *exceptio doli generalis*, *l.* 2. §. 3. 5. *l.* 12. et inprimis *l.* 4. §. 33. *de dol. mal. et met. except.* quinimo et datur *actio ſeu imploratio officii iudicis* ad diſſoluendam promiſſionem. Non enim teneor exſpectare, donec conueniat. Quid ſi enim exſpectet aduerſarius meam mortem, ac heredes dein

ex

Digitized by Google

ex chirographo meo conueniat? quid ſi teſtes, per quos metum incuſſum probare poſſum, interea moriantur, aut alias durior mea fiat conditio? BRVNNEM. ad *d. l. 9. n.* 13. *ſq.* add. BACHOV. *ad h. t. c.* 3. *n.* 1. Per *hanc*, quando re iam perfecta, i. e. ſi poſt ſtipulationem et numeratio facta eſt, aut per metum accepto debitor eſt liberatus, vel ſi quid ſimile contigerit, repetitur res metu amiſſa, *d. l. 9.* §. 3. ne iniuſtus praedo cum alterius damno et iniuria locupletetur. *l.* 14. *de cond. indeb. l.* 206. *de R. I.* conf. qui haec omnia exactiſſime enucleat, LAVTERB. *h.* add. GRASS. *d. l.* §. 5. Caeterum vſum huius doctrinae iuris Rom. quod ſcil. negotia metu extorta ipſo quidem iure valida ſint, impugnanda tamen per reſtitutionem in integrum adhuc hodie in praxi obtinere, late defendit DN. GRASS. *l. c. p.* 7. vsque *ad* 15. idque verum eſſe *p.* 14. dicit indiſtincte in negotiis b. f. et ſtricti iuris per *l.* 3. 4. 5. 7. *et ſ. C. h.* et plurimas Ddrum autoritates STRVVII, MVLLERI, LAVTERBACHII aliorumque. Diſſentit tamen DN. PRAESES in *iur eccleſ. h.* §. 3. aſſerens in negotiis *ſtricti iuris*, non etiam in *b. f.* quae ipſo iure nulla nec praetoris auxilio indigere ait, iunct. diſſ. *de matrimon. coacto, c.* 1. §. 7. *ſqq.* Eadem eſt ſententia GVNDLINGII *l. c. c.* 3. quamuis circa explicationem textuum, vnde id deducunt, varient. add. SYRINGII *de P. relig. c.* 2. *p.* 22. Sic quoque nonnulla exempla, quibus metu promiſſa ipſo iure nulla eſſe v. g. *de Dote* per *l.* 21. §. 3. *h. matrimonio* etc. affert BRVNN. *ad d. l.* 21. *n.* 4. *ſq.* ſimulque huius ſpecialitatis rationem adducit hanc, quod in dote maxime conſideretur id, quod bonum et aequum eſt, cui metus repugnet. De *matrimonio* quoque contra BRVCKNERVM in *dec. matr. c.* 21. *n.* 33. id negantem late defendit Dn. PRAESES *cit. D.* §. 8. *ſeq.* plura exempla recenſet MANZ. *de reſtit. in integr. tit.* 4. *n.* 10. *ſq.*

Num hic differentia inter contractus b. f. et ſtricti iuris ſtatuenda?

A quo impetratur? §. XII. Poteſtas concedendi hanc reſtitutionem primo penes *praetorem* erat, dein quibusuis *magiſtratibus maioribus* competebat, qui tribunal et iurisdictionem cum adminiſtratione habebant, *l.* 16. §. *f. l.* 17. *de minor.* 25. *ann. l.* 3. *C. vbi et ap. quem reſt.* non tantum *ordinariis*, quae eſt ſententia *Weſenbecii* ad *tit. reſtitut. in int. n.* 5. ſed et qui ab his dati erant, i. e. quibus *mandata* erat *iurisdictio*, nec minus, qui *delegati* erant a principe ad cauſſae totius excusſionem, vulgo commiſſariis, quae omnia probantur per expreſſa verba *d. l.* 5. *C. vbi et ap. quem.* ibi: *qui vel certae adminiſtrationi, cui et iurisdictio adhaeret, praepoſiti ſunt vel* AB HIS FVERINT DATI, *et multo magis, ſi a noſtra maieſtate delegata eis ſit cauſſarum audientia.* Hinc magiſtratus municipales hanc poteſtatem ſibi arrogare non poterant, ne quidem nouo iure; nulla enim extat lex correctoria legis 26. *ff.* Quicquid tamen ſit, cum moribus et praxi hodierna nil certius ſit, quam quod omnes cauſſae ciuiles pertineant ad inferiorem iurisdictionem, diſtinctioque iſta inter magiſtratus *maiores* et *minores* ſeu *municipales* circa ea ſublata, vel potius nunquam recepta ſit, STRYCK. *vſ. mod. de reſtit. in int.* §. 6. hodie quin illis quoque competat, nullum eſt dubium, vid. GIPHAN. *ad d. l.* 3. STRVV. *tit. de reſtit. in int. n.* 4. ECKH. *ad d. tit.* §. 3. ODD. tr. *de reſtit. in int. P. l. qu.* 32. *art.* 4. Dn. PRAESES *l. c. l.* I. *tit.* 4. §. 6. *ſqq.* E contrario *arbitris* haec poteſtas hodienum interdicta eſt, *ex d. l.* 3. Add. WVRMSER. I. *Pract.* 5. *obſ.* 3. De *iudicibus pedaneis*, i. e. qui propriam iurisdictionem non habebant, ſed ſimplicem ſaltem notionem, quin ſimus ſolliciti, ſuperuacaneum eſſet, cum hodie non amplius ſuperſint. Interim nec iis reſtituendi facultatem apud Romanos competiiſſe, pariter manifeſtum eſt *ex d. l.* 3. π. add. *munic.* DVARENVS ibid. et inprimis Dn. PRAE-

SES

SES *l. c.* vbi in verbis: *qui ita dati ſunt*, pro particula relatiua *qui* fortaſſe legendum *quia* exiſtimat.

§. XIII. Progredior ad actionem *quod metus cauſſa*, qua reſtitutio rei vi metuque amiſſae repetitur. Eſt illa perſonalis, §. 31. *I. de act.* in rem ſcripta, hincque contra quosuis, ad quos quid de ea re peruenit, competens, *l.* 16. §. 10. *l.* 9. §. 8. *l.* 14. §. 3. *h.* FRANZK. *de reſt. in integr. n.* 30. *ſq.* SANDE *lib.* 1. *tit.* 15. *D.* 1. ex natura actionum *in rem ſcriptarum*. Licet enim primario ac principaliter deſcendant ex obligatione, eoque reſpectu perſonales ſint, participant tamen de realibus aliquid, ratione ſubiecti paſſiui, vti DD. loqui amant. Datur illa primum in *ſimplum* ita, vt praeter id, quod vi compulſiua metuque ablatum, quodque exinde abeſt, actor nil amplius conſequatur, et tunc eſt perpetua, i. e. per 30. annos durans. GROENWEGEN *ad l.* 4. *C. h.* BRVNNEMANN. *ad l.* 3. *C. h. n.* 7. *et ad l.* 4. *n.* 1. In ipſa tamen reſtitutione cauere tenetur reus *de dolo*, quod ſcilicet rem in eodem ſtatu reſtituat, nec eam deteriorauerit etc. *l.* 9. §. 5. *l.* 18 *et* 45. *de R. V. l.* 15. *de pign. act.* Exempla tamen, vbi haec cautio non eſt neceſſaria, recenſentur in *d. l.* 9. §. 7. Quodſi vero reus, aut qui metu extorta poſſidet, iuſſum magiſtratus negligit, reſtitutionemque recuſat, propter contumaciam iſtam intra annum in *quadruplum* condemnatur, *l.* 14. §. 1. 3. 4. 7. 9. 10. 14. *ſeq. l.* 9. §. 8. 25. 27. *I. de act.* indeque actio haec vocatur *arbitraria.* BACHOV. *de act. d.* 6. STRVV. *h.* §. 20. BRVNN. *ad l.* 14. *n.* 5. *ſeq.* vbi ſimul verba textus: *usque ad ſententiam ab arbitro datam* tanquam dubiae lectionis exponit. Id quod minime iniquum eſt; ſibi enim imputet, quod ab initio arbitrio iudicis non ſatis fecerit rem reſtituendo, *d. l.* 14. §. 3. *in f.* meritoque punitur, quod lucrum ſentire cupit cum alterius damno, ſiue titulo lucroſo ſeu oneroſo poſſideat. BRVNNEM. *ad l.* 14. *n.* 8. hocque

Actio quod met. cauſ.

datur ad ſimplum.

propter contumaciam ad quadrupl. intra annum.

Digitized by Google

verum eſt, licet tertius poſſeſſor exiſtat, qui metum non intulit; hic namque non quaerendum, quis metum incuſſerit, ſed an metus illatus ſit, *d* §. 3. ſufficitque rem metus vitio eſſe affectam; SVENDEND. ad ECKH. *h*. §. 4. limitationes tamen *vid. in d. l.* 14. ibique BRVNNEM. vbi plures caſus huc ſpectantes examinat. Quadruplatur vero non ſolum res, ſed et fructus et omne intereſſe, *d. l.* 14. §. 7. *l.* 21. §. 2. *h.* huicque quadruplo ſemper ineſt ſimplum, adeo, vt triplum tantummodo poena ſit. *l.* 14. §. 9. ibique BRVNN. Cum autem dixi, quadruplum illud peti debere *intra annum;* quaeritur, an hic annus mutatus ſit in quadriennium? Sunt qui id affirmant per *l. ſ. C. de temp. in int. reſt.* BRVNN. *n.* 13. idem *ad l.* 29. *h. n.* 2. SVENDEND. ad ECKH. *verb. intra annum* add. LVDWELL aliique. Arridet tamen magis negatiua, quia lex iſta ſolummodo agit de reſtitutione maiorum et minorum hincque extra caſus ibi comprehenſos non erit extendenda, inprimis cum ſit correctoria. Vt itaque ius vetus quoad reſtitutionem ex capite metus in ſuo vigore maneat. LAVTERB. *h.* §. 32. *et ad tit. de reſt. in integr.* §. 24.

Num annus mutatus in quadriennium?

Num quadruplum hodienum petatur?

§. XIV. Anceps quoque et multum agitata inter DD. eſt quaeſtio, *num hoc quadruplum hodienum recte petatur?* ad quam facilis erit reſponſio, ſi generalem illam praemiſerim; *num actiones ciuiles in duplum aut quadruplum vnquam in foris Germaniae ſint receptae?* vel ſi receptae, *num hodieque adhuc earum vigeat vſus?* id quod multi recentiorum DD. negant, earum in locum extraordinarias quasdam ſucceſſiſſe aſſerentes. vid. allegatos apud DN. GRASSVM *in coll. iur. ciu. cum R. I. ſect.* 13. *p.* 35. et HARPPR. *vol. nou. conſ.* 3. *n.* 50. quibus adde GROENWEG. *de LL. abrogat. tit. de calumn.* CYPRIAN. REGNER. *ad l.* 1. *tit. eod.* BOECKELMANN. *tit. eod. in fin.* STRVV. ex 7. §. 60. *in f.* BERLICH. *P. IV. concl.* 43. *n.* 3.

CARPZ.

CARPZ. *pr. crim. p.* 2. *quaeſt.* 90. *n.* 60. Sed placet mihi ſententia affirmatiua, cuius probatio haec eſto: ſcilicet confitentur DD. ad vnum ferme omnes, quotidiano fori vſu niti, ius ciu. Rom. in imperio noſtro in *ſubſidium* eſſe receptum, vbi ſtatuta ſilent prouincialia. Id quod teſtantur tot prouocationes in receſſibus imp. et inprimis in conſtitutione criminali paſſim factae; adeo, vt lege nitens iuſtinianea, quamuis eius obſeruantiam minime probet, cauſſam nihilominus tamdiu habeat fundatam, donec aduerſarius ius poſterius vel contrariam diſpoſitionem ſtatutariam monſtret. vid. fuſius tradita ab ART. DVCK. *de vſu et autorit. iur. rom. l.* 2. *c.* 2. ibique citati DATT. *de p. p. lib.* 4. *c.* 1. *n.* 111. *ſq.* LAVTERB. *concl. fer. ex* 1. §. 1. *et coll. th. pr. proleg. n.* 14. add. LINCK. *de iur. iuſtin. recept. p.* 11. *ſq.* BERGER. *de vſu action. poenal.* §. 9. Iam vero notiſſima iuris regula eſt; quicquid abrogatum non eſt, cur ſtare prohibeatur. *l.* 27. *de teſtam. l.* 23. *de appell.* Hoc velim applices ad praeſentem quaeſtionem; vbi enim diſſentientes hactenus probauerunt, LL. iſtas ciuiles de actionibus in duplum et quadruplum generali Germaniae lege vnquam eſſe abrogatas? Quin quod potius pro earum validitate militet generalis lex ab Imperatore et ſtatibus per omnia lata in *ord. crim. art.* 157. qua ſanctio iuris ciu. circa actionem poenalem in *furto* comprobatur; verba clara ſunt: *So ſoll ihn der Richter darzu halten, ſo es anders der Dieb vermag, dem beſchädigten den Diebſtahl wie der* ZWEIFACH *zu bezahlen*, cum quibus confer *art. ſq.* 158. ibi: *mag ihn der Richter* BVRGERLICH *und alſo ſtrafen, daß er dem beſchädigten den Diebſtahl* VIERFAELTIG *bezahlen ſoll.* Verba tamen *art.* 167. *Bürgerlich zu ſtrafen* huc applicanda eſſe, prout in hunc ſenſum ea accipere placuit GRASSO *d. ſect.* 13. *p.* 37. et CLASEN. ad *d. art.* vix exiſtimarem, ſi ſequentia penitius examinem, potius

 tius

titus cum DN. LVDOVICI hic poenam carceris, aut multam, vel aliam leuiuſculam intellexiſſe LLatores crederem, eo quod vox *Bürgerlich* communiter ita in iure Germ. accipitur. Cum autem dicta *conſtitutio crim.* vti aliae imperii LL. non poteſt nec vult iuribus cuiusuis in territorio iam ante ſalubriter conſtitutis aut receptis conſuetudinibus derogare, iuxta diſerta verba praefat: *doch wollen wir* etc. *nichts benommen haben*, conf. fuſius GRASS. *collat. iur. ciu. cum Rec. Imp.* per tot. inprimis §. *fin.* add. DR. SCHWEDER *in iur. publ. P. ſp. ſect.* 2. *c.* 13. §. 2. per ſe patet, dicta non valere in Principum territoriis, vbi pro his actionibus ciuilibus in duplum et amplius extraordinariae perſecutiones per expreſſa ſtatuta aut contrariam obſeruantiam ſunt introductae. Haec namque ſemper praeualent Receſſibus imperii, ac iure Rom. in ſubſidium tantum, vti mox monui, recepto. Vnde veriſſimum eſſe puto, omnino hodieque adhuc eſſe admittendum, qui in eiusmodi prouinciis ad duplum vel amplius agit, vbi ſtatuta id expreſſe non interdicunt. Et ſane nil clarius e ſt, quam quod conditores conſtitutionis crim. iuris ciu. diſpoſitionem *in dd. artt.* adoptarint, vid. AVTOR *des teutſchen Iuſtiniani ad* §. 3. *Inſt. de oblig. quae ex del.* Tantum itaque abeſt, vt vſus actionum ciuilium poenalium nunquam in Germania ſit receptus, vt potius variorum locorum ſtatuta non ſolum in *actione furti*, ſed in aliis eiusdem generis actionibus eum non ſemel approbarint. Conf. GIESEBERT. *in peric.* 4. *ſtatut.* 125. *n.* 39. et *in Iuſtin. harmon. tit. de V. B. R. n.* 50. IVS PROV. WVRTEMB. *P.* 2. *tit.* 3. §. *f.* vbi actionem ciuilem poenalem *in depoſito miſerabili* locum habere conſtat. Conf. LAVTERB. *ad tit. depoſ.* §. 2. Item circa depoſitum ſtatutum legimus in IVRE CVLMENSI *l.* 14. *tit.* 3. *c.* 3. conf. et HVBER. *tit. depoſ. n.* 60. Quin imo praxis iudiciorum etiam modernorum vel mille exhibet

prae-

Digitized by Google

praeiudicia de his actionibus poenalibus, quorum plurima adducit Dn. GRASS. *l. c. p.* 39. *ſq.* In ſpecie quoad *furtum* vſum eius hodiernum ſtabilit SCHOEPFER. *tit. de furt. n.* 40. BERGER *in reſol. LL. obſt. tit. cod.* HARPPRECHT. *vol. nou. conſ.* 53. *n.* 59. *ſq.* quibus addas reſponſum de poena dupli ratione rei deperditae in actione *ſerui corrupti* a Facultate iurid. Frf. d. 10. Mai. 1678. conf. BRVNNEM. diſſ. *de delictis ſerui aliusue hominis corrupti c.* 2. §. 5. De *falſis ponderibus* poenam dupli hodieque obſeruatam adducit MEVIVS *ad ius Lub. l.* 4. *tit.* 12. *art.* 1. *n.* 20. De actione in quadruplum aduerſus *calumniatores* vid. BRVNN. *ad l. vlt. de calumn.* CHRISTINAEVS *Vol.* 4. *dec.* 205. SCHILTER. *ex.* 10. §. 69. ENGELBRECHT. *tit. eod.* §. *f.* SCHOEPFER. *eod. n.* 8. De actione *Vi bonorum raptorum* praeiudicium exhibet BERGER *de vſ. act. poen.* §. 39. In Saxonia quoque vſum actionum poenalium in viridi eſſe obſeruantia, quotidiana praxis docet: Ita poenam dupli dictatam eſſe obſeruani *in actione effuſi* in Sachen Dr. Wincklers contra Langhut.

§. XV. Quae cum ita ſint, nil ſane video rationis, quare, reiecta ſententia affirmatiua, et iuris Rom. cuius in hoc paſſu nulla probari poteſt abrogatio, et Germanici expreſſis fundata textibus, contrariam amplectendam ducerem. Quod enim ad raritatem exemplorum hodie occurrentium prouocetur a diſſentientibus, parum ſane veritati ſententiae meae nocet. Sint rariora ratione caſuum, vbi ad ſimplum ſolum actum fuit, vel ad extraordinariam perſecutionem, ſufficientia tamen iſta, quae adduxi, ſunt, ad probandum id quod intendi, nimirum, ſi quis eas actiones intendere velit, vbi contraria non extat diſpoſitio, recte repelli eum neutiquam poſſe. Dein plane non procedit ad probandam harum actionum poenalium deſuetudinem

Rſp. ad diſſentientium rationes.

Digitized by Google

nem iſta argumentatio: Hic vel ille non vſus eſt iure ſuo, ergo et mihi aut alii eo vſuro actio erit deneganda. Poſſunt quippe multae cauſae eos impedire, quo minus hoc vtantur remedio. Alius namque illud negligit ex ignorantia; Alium diffidentia abſterret; Alius paupertate rei moueri ſe patitur; quandoque et iudex ius ignorat, ideoque hanc poenam non dictitat; Alius rurſus ex ſupina negligentia illam actionem praetermittit. BRVNN. *ad l.* 1. *depoſ. n.* 3. HVBER. *tit. depoſ. n.* 60. Sed quid inde? Numne hic non vſus vſum illorum remediorum ciuilium tollere valet? Neutiquam. Ab vſu enim non adeo frequenti ad non vſum non magis valet conſequentia, ac ſi argumentari velles ab abrogatione particulari in quibuſdam prouinciis, ad vniuerſalem Germaniae. vid. MVLLER ad STRVV. *Ex.* 47. §. 37. *lit.* z. ibique citati. Nec eſt, quod dicas, ſententiam meam ab hoc vel illo ſaltem defendi; ſi enim calculum inire vellemus, resque ex pluralitate decidenda foret, vereor, ne ſuccumbant ita ſentientes. Pugnant pro illa praeter adductos a Dn. GRASS. d. l. BERGER in *oecon. iur.* paſſim, et fuſius in iam laudata diſſertatione lectu omnino digna, HARPRECHT *vol. nou. conſ.* 53. *n.* 51. THOMAS. ad STRAVCHII *diſſ.* 19. §. 8. vbi ex praeiudiciis huius quaeſtionis deciſionem repetendam eſſe diſerte aſſerit, quamuis dein *contrariam* ſententiam amplecti amauerit in partic. diſſ. *de vſu act. poen. c.* 1. §. 27. Stabilita itaque hac generali quaeſtione de vſu actionum poenalium, facile liquet, quod de genere praedicaui, ex iisdem rationibus etiam de eius *ſpecie*, ſcilicet *actione quod metus cauſſa*, eſſe aſſerendum. Id quod adeo verum, vt BRVNN. *ad l.* 9. *h. n.* 20. ne quidem contra hanc iuris ciu. diſpoſitionem vnquam putet deciſum. Pariter pro praxi huius actionis admodum pugnat B. STRYCK. *in V. M. h.* §. 3. addens, *non eſſe cauſſam, cur remedia illa contra delinquentes et contumaces pro-*

Ipſa quaeſtio ſpecialis aſſirmatur.

prodita ceſſare dicamus, *et hodie maiorem peccandi licentiam male feriatis adſcribamus.*

De concurſu actionum remiſſiue.

§. XVI. De *concurſu* aliarum actionum, inprimis de *concuſſione* hic dicenda adhuc quaedam eſſent; ſed ne nimis excriſcat diſſertatio, ſufficiet breuiter adduxiſſe, vnde illa haurire licet. Inſtar omnium hic inſeruire poteſt ANT. MATTHAEI *de criminibus tit. de concuſſione.* Inter multos namque, quos euolui, commentatores, illum omnium accuratiſſime haec pertractaſſe deprehendi: vbi ſimul de concurſu actionum perſpicue fuit traditum. Caeterum *purgatur* vitium metus, ſi promiſſor, ceſſante metu, vltro praeſtet, aut ſuper iam exhibita re controuerſiam, cum poſſit, non mouet, ſicque conſenſu ſuo ex poſt metum illatum approbet, *l.* 2. *C. h.* GROT. *l.* 2. *c.* 11. §. 20. PVFEND. *l.* 3. *c.* 6. §. 14. et ita reſponſum eſſe a *Facult Witteb.* M. Oct. 1709. teſtatur BERGER. *in oecon. iur. lib.* 3. *tit.* 15. §. 9. *not.* 8.

Quomodo purgetur vitium metus?

CAP. III.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI EX IVRE CANONICO.

ARGVMENTVM.

I. II. Iur. Can. Sententa III. metu geſta ipſo iure nulla. IV. Iuramenta metu extorta iure ciuili nulla. V. Iure can. abſolutione indigent. VI. An ex metu vano inita reſciſſionem admittant? VII. Exempla metus iuſti. IIX. Reuerentialis metus vanus eſt. IX. Poena vim metumque inferentis.

§. I.

Vnde in canonum iura deuenit?

Naturalis aequitas, in qua noſtra exceptio ſe fundat, *vid. cap. praec.* §. 2. mouit quoque Pontifices maximos, vt contra coactiones, conſenſus libertatem impedientes, *in cap. cum locum.* 14. *de ſponſal.* eam conceſſerint, ſuaque autoritate confirmandam duxerint. Vnde pariter in iure Can. hanc doctrinam ſpecialius expoſitam deprehendimus.

Diuerſa tamen ibi proponitur ac in iure Rom.

§. II. Abit tamen ea in quibusdam a iuris ciuilis traditis, nec, quae eſt quorundam DD. ſententia, per omnia cum iuris Romani diſciplina conſpirat; id quod hic probandum erit. Licet enim non negauerim, Pontifices in pluribus ſententiam Iuſtiniani aliorumque Imperatorum ſuam feciſſe; in hac tamen doctrina ſecus rem ſe habere, ex dicendis patebit.

1) namque hoc iure, metu geſta ipſo iure nulla declarantur, ſecus ac Rom.

§. III. Scilicet audiuimus ſupra *c. praec.* §. 10. geſta per metum aut negotia vi metuque inita, ſecundum ius Rom. regulariter non eſſe nulla, ſed *ipſo iure* valida, ita tamen, vt promiſſario conceſſa eſſet exceptio ad elidendam actoris intentionem. Hanc ſubtilitatem in deciſionibus ſuis plane non attenderunt Praeſules Romani, ſed naturalem ſecuti rationem ſtatim illa ipſo iure declararunt nulla. Nam, cum Pontifices Romani in omnibus contractibus bonam fidem requirant, huic autem nil magis repugnet quam vis ac metus, *l.* 116. *de R. I.* facile patet, eos metum nulla ratione probare potuiſſe; id quod per tot diſertos textus luculenter conſtat. In *cap. vn. de his quae vi met. in 6to.* vi metuque extorta *viribus omnino vacuanda* dicit GREGORIVS X. cui iunge *c. Abbas. c. eod.* vbi ea de *iure irrita* pronunciantur. conf. GVNDLING. cit. diſſ. *de metus efficientia etc. c.* 4. §. 4. vbi hanc phraſin explicat, rationemque oſtendit, cur DD. nonnulli hic ius canon. in cauſſa metus cum iure Rom. concordare ſtatuerint, iunct. §. ſq. Nec

minus

Digitized by Google

minus clara ſunt verba INNOCENTII III. *in c. 4. X. h.* in quibus vis metuſque cauſſa quae fiunt, *robore firmitatis carere* dicit. Ex eiusdem Papae literis quoque infra *c.* 4. §. 25. adductis, quid magis apparet, quam vt metu geſta abſolute ac *ipſo iure* debeant eſſe inualida? De matrimonio in ſpecie omnes ferme DD. habemus conſentientes, ea metu ac terrore contracta *ipſo iure* eſſe nulla, *c. ſi verum. cauſſ.* 31. *quaeſt.* 2. late Dn. PRAESES in diſſ. *de matrim. coact. c.* 1. §. 8. j. §. 15. vbi duobus reſponſis id corroborat. GVNDLING. *l. c. c.* 5. LAVTERB. tit. *quod met. cauſſ.* §. 23. *in fin.*. vbi tamen hanc ſententiam, licet praxi corroboratam, (vid. CARPZ. aliique ab eo citati,) dubio non carere putat. Et ſane hanc iuris ciu. et Can. differentiam circa metus exceptionem agnoſcunt viri in vtroque iure verſatiſſimi. PANORMITANVS *in c. de muliere.* 6. *c. veniens*, 13. *ſq. de ſponſ. c.* 2. *de eo qui in matrim.* adde WESENBEC *in paratit. quod met. cauſſ. n.* 1. *in fin.* HAHN. *ad eund. tit.* DN. PRAESES *in iure Eccl. h.*

§. IV. Inſignis quoque vtriusque iuris apparet differentia, vbi promiſſa, vi metuque qui extorſit, iuramento ſibi confirmari curauerit. *Iure ciu.* namque eiusmodi promiſſa ipſo iure nulla ſunt, nec indigent abſolutione; qua de re extat ſingularis conſtitutio FRIDERICI AENOBARBI 2. *F.* 54. §. 3. vnde eam inſeri curauit titulo Cod. *ſi adverſ. vendit.* ſub Auth. *ſacram. puberum.* ſuaſu maxime MARTINI. vid. Dn. PRAESES *l. c. tit. de iureiur.* § 29. add. GROSS. in diſſ. ſub Dn. ROESLERI praeſidio habita *de obligatione iuramenti* § 9. Verba dictae Auth. haec ſunt: *per vim autem aut per iuſtum metum extorta* (ſacramenta) *etiam a maioribus* NVLLIVS ESSE MOMENTI *iubemus.* conf. ibi CVIACIVS. BARBEYRAC. ad PVFEND. *lib.* 4. *c.* 2. §. 9. *p.* 464. Equidem non nego, eſſe, qui hanc Friderici LLationem ita explicandam eſſe cenſent, vt iuramenta eiusmodi

z) Si promiſſioni iurament. acceſſerit, iure ciu. nihilominus erat nulla.

nulla ſint quoad confirmationem contractus, conualeſcere tamen reſpectu Dei, donec laxetur religioſum vinculum, adeoque nihil hic differentiae iuris can. ac ciu. ſtatuunt, quod faciunt inprimis GONZALEZ *ad X. p.* 965. IAC. WISSENBACH. *ad C. p.* 111. refutati a GVNDLING. *l. c. c.* 4. *p.* 95. *ſq.* Idem quoque facit LAVTERB. *h.* §. 23. verbaque NVLLIVS MOMENTI ab imperatore poſita, explicanda vult oppoſitiue quoad ea, quae ſponte praeſtita, et ipſo iure et quoad effectum valida, ita ut *effectus* hic potius ab eo reſpiciatur, inprimis cum nouum non ſit in iure, vt ipſo iure valida et reſcindenda, dicantur irrita et ipſo iure nulla, *vid. tit. de iureiur.* §. 29. vbi diſerte dicit, et ſecundum ius ciuile abſolutionem requiri. At fruſtraneam hanc verborum imperatoris eſſe explicationem, patet ex GVNTHERO, optimo mentis Friderici interprete. Ita enim ille haec exprimit in *Ligurino* ſiue opere de rebus geſtis Friderici I. *l.* 8. *v.* 293. *ſqq.* apud REVBERVM de *ſcriptoribus rer. Germ. p.* 413.

Iuramenta metu mortisque dolore coacta
Praecipue, ne quis multis nocitura loquendo
Publicet, aut in ſe crudeliter acta queratur,
NVLLIVS MOMENTI VEL PONDERIS *eſſe iubemus.*

Iure canon. vero abſolutione indig. §. V. E contrario iure can. nil verius eſt, quam quod eiusmodi iuramenta ipſo iure ſubſiſtant, *c.* 3. *ad aures. c.* 4. *de his quae vi*, nec abſque relaxatione annullentur. Equidem non ſum neſcius, contrariam circa hanc rem fuiſſe primorum iuris can. conditorum doctrinam, qui nullam eiusmodi iuramentis tribuebant efficaciam, ſed potius vna cum ipſa promiſſione ea irrita declarabant, in quo cum iure ciuili conſpirabant. Diſertus hac de re exſtat textus *in c.* 28. *X. de iurei.* vbi ſeruanda dicuntur quidem iuramenta, quae in alterius praeiudicium redundant, nec ſeruata vergunt in ſalutis aeternae diſpendium; (de quo brocardico iuris can.

vid.

Digitized by Google

vid. fuſe M. CHRISTOPH. BEYER in egregia diſſ. hoc ipſo anno Lipſiae habita *de origine et natura praeiudiciorum circa iuramenta eorumque relaxat. c. 2. §. 95. ſqq.*) ſed additur expreſſe haec limitatio, *ſi ſine vi ac dolo* fuerint praeſtita. Huc quoque referas *c. 2. eod. in* 6to. et *c. 2. de pactis in 6to.* vbi *filia dote contenta iuramentum* NON VI *aut dolo elicitum in renunciatione coeterorum bonorum patris ſeruare iubetur.* vid. MYNSING. *cent. 2. obſ.* 47. Interim certum eſt, doctrinam iſtam, quae iuramenta eousque tenere dicit, donec *vinculum obligationis* relaxetur, hodie communiter apud Pontificios eſſe receptam. Nam cum callidus Clerus Rom. quotidie plura ad forum ſuum pertrahere negotia moliretur, iuramentorum quoque cognitionem, an illa obligent, nec ne? tandem ad ſuum deuoluit ouile;(de quibus artibus vid. apud DN. PRAESIDEM *Iur. Eccl. l. 2. tit. 2. §. 29. et tit. 24. §. 21.* BEYERVM *l. c.*) contendendo, iuramentum inſtar *voti cultusque diuini* eſſe, ideoque Deo quid promitti, hincque de eius validitate, relaxatione et abſolutione iudicem eccleſiaſticum cognoſcere debere. SERAPHIM *de priuil. iuram. priuil.* 67. Clarius id apparebit, ſi nonnullos adduxerim textus. Inter hos notabilis eſt *in c. 8. X. de iurei.* quo ALEXANDER III. ſequentem in modum reſcribit: *Duximus tibi reſpondendum, quod non eſt tutum, quemlibet contra iuramenta ſua venire, niſi tale ſit, quod ſeruatum vergat in interitum ſalutis aeternae. Nec nos alicui dare materiam volumus, veniendi contra iuramentum proprium, ne autores periurii videamur. Verum aliquando in Rom. Eccleſia a pluribus prae nobis factum eſſe recolimus, quod clerici, qui coacti miniſterium abiurarunt, de iuramento abſolutionis beneficium meruerunt.* Sic etiam GREGORIVS VII. *in c. 2. X. eod.* Epiſcopum a iuramento, de non repetendis rebus eccleſiae *vi extorto,* abſoluendum eſſe iudicat. Legi quo-

Digitized by Google

que meretur *c.* 15. *eod.* vbi, qui inuiti pro vita et rebus ſeruandis fecerunt, *a iuramenti nexibus abſoluendos* dicit Papa COELESTINVS III. infimulque conſultius agi putat, quo materia deierandi facilius euitetur, vt non iis ita expreſſe dicatur, vt iuramenta non ſeruent, ſed ſi non attenderint ea, non ideo pro *mortali crimine* eſſe puniendos. Hoc ipſo Pontifices nil aliud quaeſiuerunt, quam vt eo magis imperium ſuum ſtabilirent, et dominatum in ea, quae ad conſcientiam ſpectant, extenderent; in id vnice intenti, vt ad hunc ſcopum omnes doctrinas morales conformarent; quod eo faciliori opera facere poterant, cum eorum monopolium ſibi vindicaſſent. DN. PRAESES *l. c. p.* 1279. Nam quid opus hac relaxatione? Aut enim iuramenta vi metuque extorta obligationem poſt ſe trahunt, aut non. Si hoc, quid opus liberatione, vbi nil eſt, quod ſolui debeat? ſin illud; quonam iure eam relaxationem ſibi vindicent Pontifices, non video. Nam aut illam habent a Deo poteſtatem, aut non: ſi non a Deo habent, quomodo conſcientias reddent tranquillas? ſin a Deo acceperunt, probent mandatum melius, ac hactenus factum. Male enim hic allegatur illud Chriſti: *quicquid ligaueritis etc.* cuius dicti ſenſum prolixe exponit iam ſupra laudatus DN. PFAFFIVS *in orig. iur. eccl. c.* 1. conf. et I. S. STRYK. *in melet. iuram. mel.* 3. *c.* 2. Quibus praeſuppoſitis omnem plane mortali iuramentorum relaxationem denegarem. Interim tamen certum eſt, hanc doctrinam iuris can. vti plura alia eiusdem farinae, in proteſtantium quoque foris eſſe receptam, iuxta *ord. cam. p.* 2. *tit.* 24. vid. MYNSING. *cent.* 3. *obſ.* 99. GAIL. *I. O.* 25. *ſq.* hoc licet obſeruato diſcrimine, vt, cum apud Pontificios iſta relaxatio a *iudice eccleſiaſtico*, puta papa, aut, quibus id conceſſit, epiſcopis, *c.* 3. *X. de iudic.* (alios enim non admittit COVARRVV. apud Dn. SCHWEDERVM in *iur. publ. p. ſp. S.* 1. *c.* 16. §. 15.) petenda ſit, in

Relaxatio ſuperuacanea eſt.

In foris tamen proteſtant. ſeruata.

in terris proteſtantium a ſummo imperante. *R. I. de A.* 1654. §. 164. SCHWEDER. *l. c.* add. DN. PRAESES *l. c. p.* 1003. vbi ſimul rationem ſubnectit, cur apud proteſtantes hoc ius ſoli principi competere creditum fuit, cum rectius ad quemuis magiſtratum ſecularem id referendum eſſet. *p.* 1298. In imperio noſtro, quando *immediatus* a iuramento eſt relaxandus, id facit imperator, aut camera imp. *vid. ord. Cam. l. c. R. I. nouiſſimus* §. 164. add. MYNSINGER, GAIL. SCHWEDER. *ll. cc.* Exemplum huius iuris a CAROLOV. exerciti in Mauritio electore Sax. et Ioachimo, Marchione Brand. vid. apud THVAN. *l.* 6. *in fin.* SLEIDAN. *l.* 19. BOECLER. *notit. imp. l.* 4. *c.* 1. FABRVM *in der Europ. Staats-Cantzl. p.* 6. *c.* 8. *p.* 580. *ſeqq. iunct.* 622. 631. vbi de IOSEPHO ſubditos Electoris Bauariae a iuramento ſubiectionis relaxante.

§. VI. Supra *cap. praec.* §. 13. dixi, eum, cui per vim metumue aliquid extortum, iure ciu. habere actionem *in rem ſcriptam* aduerſus quoscunque poſſeſſores competentem. Circa hanc rem pariter aliqualem deprehendo differentiam in iure Can. Iuxta id enim ſingulare eſt, quod praedicatores Eleemoſynam, a violentis detentoribus de ablatis bonis porrectam, reſtituere non teneantur iuxta *c. cum voluntate.* 54. *de ſentent. excommun.* Ratio haec eſt, quod eam voluntate dominorum accepiſſe praeſumantur. Satis itaque hactenus demonſtratum exiſtimo, dari omnino differentias quasdam iuris Rom. et canonici circa exceptionem *metus iniuſti.* Caeterum ad *qualitatem* metus quod attinet, vtrumque ius conſpirare deprehendes. Sic namque et iure Pontificio, non alius ratione patientis approbatur metus, niſi *atrox*, id eſt, talis, qui in conſtantem cadere poteſt perſonam. Error itaque eſt Canoniſtarum, totam iuris tam ciuilis quam canonici compagem euertens, quando et *leuiori metu* geſta inualida pronuncianda dicunt, et

Tertia different. iur. ciu. et can. in hac materia.

circa qualitatem metus vtrumque ius conſpirat.

Hinc erronea eorum ſent. qui leuem metum

Digitized by Google

iure can. ſufficere ad hanc except. putant, aut implorationi off. iud. locum dant.

et quoniam deficiat *ciuile remedium*, quo illa annullentur, implorandum cenſent *officium iudicis eccleſiaſtici*. quo ille in odium metum incutientis imploranti ſuccurrat. Haec doctrina eſt WIESTNERI *in Inſt. iur. can. h. n.* 27. COVARRVVIAE *de ſponſal. P.* 2. *c.* 3. §. 4. *n.* 8. aliorumque. Originem traxit iſte error ex ea opinione, qua iudicis eccleſiaſtici officium in eo conſiſtere putant, vt generatim conſcientiis conſulat, inſimulque praecaueat, ne ſub praetextu iuris peccatum committatur. *c.* 13. *de iudic.* DN. PRAESES *in iure eccl. tit. de off. iud.* §. 8. *et hoc.* §. 2. Sed mirari conuenit, etiam inter proteſtantes, dum fontem huius ſententiae, quae eſt *dilatio fori eccleſiaſtici*, non penitius examinauerint, incaute antiquos ICtos, principiis papalibus prorſus immerſos, et cum iure ciuili commiſcentes, fuiſſe ſecutos, hoc licet obſeruato diſcrimine, quod iſtam implorationem coram *iudice ſeculari* inſtituendam eſſe credant, cum pontificii ad *forum eccleſiaſticum* illam reſtringunt. Dn. PRAESES *l. c.* vbi ſimul pluribus iſtam refellit ſententiam, praxinque, quam BRVNNEM. *in paratit. quod met. cauſſ. quaeſt.* 15. hac de re adſtruere conatur, in dubium vocat cum B. STRYCK in *V. M. h. in fin.* Et tantum ſane abeſt, vt vllus iuris can. textus huic doctrinae fauens deprehendatur, vt potius eius conditores in hoc expreſſe ſecuti ſint iuris ciuilis tradita. Quid enim clarius, quam quod in *c.* 26. *X. h.* diſertis verbis deſideretur metus *grauis, qui in conſtantes cadit? iunct. c.* 4. *eod. c.* 15. *de ſponſ.* vbi ob talem metum ſponſalia reſcindenda iudicauit papa *Alexander III. in c.* 28. *X. eod.* vbi, *de illato metu*, inquit pontifex, *eſt cum diligentia inquirendum, et ſi talis metus inueniatur illatus, qui poteſt cadere in* CONSTANTEM *virum.* add. DN PRAESES in *diſſ. de matrim. coacto c.* 1. §. 24. *p.* 39. *pr.* conf. infra §. 8. *in f.* vbi ANTH. MATTHAEI ſententiam reieci.

§. VII.

Digitized by Google

§. VII. Pro iuſto autem metu pariter ac ius ciuile iura Pontificum habent metum *mortis: c. 6. X. h. c. 1. eod.* vbi ex tali metu, qui religionem intrauit, ex ea iterum exeundi facultas conceditur; quamuis alias faciliores ſunt Pontifices ad detrudendum in monaſterium quam exinde liberandum. Porro metum *verberum ac cruciatuum c. 16. de off. et pot. iud. deleg. c. 6. X. h.* nec non metum *amiſſionis patrimonii* vel omnis, vel maioris eius partis, *c. 2. h.* conf. COVARRVV. *de ſponſ. P. 2. c. 3.* §. 4. ALP. GENTILIS *l. 3. de nupt. c.* 10. TRENTACINQ. *tit. quod met. reſol.* 1. *n.* 3. Et hactenus circa definiendam *qualitatem metus* conſentit Pontificium cum Rom. iure. Diuerſum tamen quid ſtatutum deprehendimus circa *metum principis aut alterius poteſtate valentis.* Hunc enim a iure ciuili non approbari ſupra *c. praec.* §. 8. audiuimus. Bene vero a iure can. adeo vt ei aequiparetur, qui in *conſtantem hominem* cadit *C. 25. quaeſt. 1. c. 7. et C. 11. quaeſt. 3. can.* 89. ibi: *Definitio iniuſto regio metu aut iuſſu, vel cuiuscunque epiſcopi aut potentis a iudicibus ordinata vel acta non valet. c. 4. X. c. 7. X. qui clerici.* Sic pariter hoc iure defenditur, qui *terrore laicorum* electioni de ſe factae renunciauit. *c. 3. h.* Nec minus pro atroci, eoque, qui conſtantem alias virum vel foeminam percellere poſſit, habetur metus *Anathematis* vid. LORIOTVS ad *l. 3. ſq. de R. I.* SEB. MEDICES *de caſ. fort. P. I. quaeſt. 7. n.* 7. Licet enim *ad poenam illud inuentum non ſit*, loquor cum GVNDLINGIO *cit. diſſ. c. 4.* §. 8. *in fin. tamen omni poena humana interdum videtur terribilius; Eo enim fulmine tacti infamia laborant, non admittuntur ad magiſtratum; Amouentur et reiiciuntur ab omni hominum conſortio; Non ius durat connubii, ſepultura, alimentis et vita denique ipſa habentur indigni; Hinc ſpoliantur et rebus ſuis exuuntur et exui etiam iubentur, quin rapiuntur tandem et caeduntur, idque impune; Nec occidens dicitur homicida, quam-*

Probatur tamen iur. can. metus potentiae, hincque iterum differt a iure ciu.

porro metus laicorum.

Anathemat

vis poenitentia iniungatur eaque ſat leuis. Ex quo luculenter arbitror conſtare, id fulmen non eſſe ſemper brutum, ſed tali ſaepe vibrari impetu, vt conſtantiſſimus quisque eius fragore percellatur. conf. ANT. MATTHAEI *de iure gladii c.* 31. *p.* 509. *ſq.* vbi id graphice depingit. Diſſentit tamen PANORMITANVS *in c. pen. X. h. n.* 6. eo quod iniuſta excommunicatio non liget apud Deum, ideoque eius metus innocentes percellere non debeat. Verum licet eiusmodi excommunicatus non habeat, quod Dei metuat iram, effectus tamen, quos ab hominibus ſentire debet, ſat graues eſſe ad grauiſſimum in eo excitandum metum, quisque intelligit.

Diſſentit Panormitanus.

cui reſpondetur.

Excluditur pariter metus vanus, qualis eſt reuerentialis.

§. VIII. E contrario pariter vt ius ciuile reiicit ius can. metum *reuerentiae* eumque pro *vano* habet. Haud quicquam enim is ita mouet aut mouere debet homines alioqui conſtantes, et fortes, vt ideo voluntatis ſuae libertati frenum iniici patiantur. vid. ſupra *c. praec.* §. 8. cumque nullus textus iſtum reuerentialem metum approbet, per ſe patet, inanem eſſe quorundam doctrinam, qui ſacerdotem metu et reuerentia Praeſulis ſui beneficio renunciantem, *officio iudicis* volunt reſtitui, *arg.* ſupra traditorum §. 6. Dicta tamen limitantur, metusque reuerentialis conuertitur in atrocem, ita vt exceptio contra eum locum inveniat, quando accedant ei vel minae, non ex ſerio vultu aut verbis aſperis diiudicandae, ſed immanes moxque dandae executioni, vel, ſi per verbera aut vincula conſenſus extorqueatur; quorſum ſpectat, v. g. *c.* 11. *X. de deſponſ. impub.* vbi puellae minis parentum impuberi deſponſatae liberam Papa VRBANVS III. facultatem concedit, alii ſe iungendi marito. Vt itaque approbare non poſſim ANT. MATTHAEI aſſertum, quo ius Pontificium interdum et *leuioris* metus habere rationem dicit, in *nuptiis et votis*; id quod probare conatur ex *c.* 17. *X. de ſponſ.*

Limitatio.

Notatur Matthaei.

Digitized by Google

ſponſ. et c. 6. X. de voto et voti red. In neutro enim horum textuum ne verbulum hac de re, ex quo illud vel per conſequentiam concludi poſſet, deprehendi, ocularis docet inſpectio. add. GVNDLING. *l. c.* §. 9. conf. tradita ſupra §. 6. vbi leuiorem metum plane reiici a iure can. probaui.

§. IX. Pauca adhuc, priusquam et hoc concludam caput, addere lubet de poena eius, qui vi metuque iniecto quid ſibi ſtipulatus fuit. Irrogata ea fuit diuerſimode pro grauitate delicti; ſic v. g. excommunicationis, ſuspenſionis aut interdicti abſolutionem vel reuocationem vi extorquens propter iſtam violentiae adhibitionem excommunicationis poenam incurrit. *cap. vn. h. in 6to.* Modi tollendi vitium metus iidem iure can. ſunt, qui iure ciu. vti ex ſqq. textibus conſtabit. vid. *c.* 21. *X. de ſponſ.* c. 6. *X. eod. c.* 1. *h. in f. c.* 7. *qui clerici vel vouent. c.* 19. *X. de deſponſat. impub.* conf. CARPZ. *Irp. eccl. lib.* 2. *def.* 29. Dn. PRAESES in ſaepe laudata *diſſ. de matrim. coact. c.* 1. §. 28. vbi late hac de re, iunct. §. *ſq.*

Poena metum incutientis.

Modi tollendi vitium metus.

CAP. IV.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI IN STATV NATVRALI,

ET QVIDEM

EX IVRE PVBLICO VNIVERSALI.

ARGVMENTVM.

I. II. Status naturalis. III. Quinam in eo ſint? IV. V. VI. Caſus in theſi, in quibus exceptio metus admittitur.

titur. VII. Difficultas huius iudicii in applicatione. VIII. Similis difficultas in exemplo unionis religionum. IX. X. An exceptio metus inter gentes admittatur? XI. De fide ſeruanda hereticis, XII. et rebellibus. XIII. XIV. Exempla reſciſſae fidei ob metum iniuſtum. XV. De fide vſurpatori regni ſeruanda. XVI. De pace principis captiui. XVII--XX. Exemplum Franciſci I. captivi. XXI--XXV. Alia exempla inter pontifices.

§. I.

Connexio cum praec. Quia hactenus de exceptione *metus iniuſti* verba fecimus, quatenus illa in ſtatu *ciuili* locum habeat, quamque ius priuatum illi dederit formam, expoſuimus; iam quoque diſpiciamus neceſſe eſt, qualis vſus illius ſit in *ſtatu naturali*.

Quid ſtatus Nat. §. II. Status naturalis *triplici* modo conſiderari poteſt. PVFEND. *de O. H. et C. l.* 2. *c.* 1. §. 2. *ſqq.* Nos hic eum intelligimus, quatenus opponitur *ciuili*, eſtque *conditio illorum, qui inter ſe ſunt aequales, nec vllo alio, niſi communi illo naturae humanae vinculo nectuntur, hincque nullum agnoſcunt iudicem ſeu ſuperiorem, praeter Deum ac gladium, ceu litium ſuarum deciſorem.* RECHENBERG. in *Inſt. Iur. N. l.* 3. *tit.* 1. §. 5. PVFEND. *l. c.* §. 5. et in peculiari *diſſ. de ſtatu naturali hominum*, inſertà eius *Anal. polit. ſ. diſſertatt. Acad. p.* 582. *ſqq.* vbi ſimul exponit, quid ſentiendum ſit de B. IAC. THOMASII diuiſione ſtatus ciuilis in *naturalem* et *legalem*, in ſingulari diſſert. Lipſiae ab eo defenſa.

Quinam in eo viuant? §. III. In hoc ſtatu naturali viuunt homines, vel vt *ſinguli*, iique ſeu Rectores ciuitatum, ſeu ciues diuerſarum Rerump. ad inuicem comparati, et iure priuato vniuerſali ſeu communi naturali ac Gentium reguntur; vel vt *ſocietates*

Digitized by Google

tates maiores, ipſaque ciuitatum corpora, quatenus vt *perſonae morales* ſeu *myſticae* conſiderantur, et iure publ. vniuerſali continentur, in quantum illud comprehendit certa quaedam iura, quae Reſp. ſibi inuicem ex pacto debent.

Inter hos exceptioni metus poſt pactum extort. locus in theſi videtur.

§. IV. Vtroque modo, ſiue vt ſinguli, ſiue vt Reſp. inter ſe agant, exceptioni *metus iniuſti* poſt pactum extortum in *theſi* locus videtur 4. potiſſimum caſibus. Scil. (1.) ſi vis metusue adhibitus ſit ad *prauam eliciendam vel imperandam actionem.* Equidem, quod ad liberas gentes ipſaque ciuitatum corpora attinet, vix ac ne vix quidem mihi perſuadeo, vllum in rerum monumentis conſignatum legi exemplum, quo per pactum actio moraliter mala vi imperata ſit. Inter ſingulos autem, quin id frequenter contingat, non eſt dubitandum. Alter caſus, qui noſtrae exceptioni *in theſi* locum facere poſſe videtur, eſt, ſi quis, bono licet animo, *actionem alteri vtilem vi ſuadere* conetur. Nam, vti hoc contra naturam conſilii eſt, propiusque accedit imperio, quod tamen inter eos, qui in ſtatu Nat. viuunt, plane exulat; ita talem conatum contra omne ius eſſe, quis non intelligit? Vt adeo metum paſſus, extra periculum poſitus, recte promiſſum iſtud exceptione vis metusue elidat. Quamobrem nil dubito, quin *Batauі* ea recte vti potuiſſent, ſi foederati illud notiſſimum ſeculi noſtri foedus, *Quadruple-alliance* dictum, (*) armis iis imperare voluiſſent. Quid enim aequitati magis foret contrarium, quam ad *foederis ictionem*, vtut illud ad vſum meum

(1)

(2)

 face-

*) Tenorem huius foederis Lond. 1718. d. 2. Aug. icti lege dans *Merc. Hiſt. et Polit. A.* 1719. *T. I. p.* 165. *ſeqq.* Hiſtoriam illius qui penitius noſſe auet, adeat ſcriptum ſup. anno ex anglico gallice translatum ſub tit. *La conduite de la cour de la Grande-Bretagne et d'Eſpagne.* Quod valde laudatur *in den neuen Zeitung. von gel. Sach.* 1719. *p.* 210. *ſq.* conf. *Hiſt. l. c. p.* 64. *ſqq.*

facere videatur, cogere me velle? Quodſi namque illud commodum in praeſenti ſpernere potius, quam acquirere amem, quis alteri ius dedit, vt eius acquiſitionem imperare mihi potuerit? Si itaque tale quid fit inter gentes liberas, ſeu ſingulos in ſtatu libertatis degentes, quid vetat, quo minus recte hac exceptione promiſſor poſtea ſe defendat?

(3) §. V. Porro (3) exceptionem metus iniuſti in ſtatu nat. *in theſi* admittendam exiſtimarem, ſi vis metusue adhibeatur *ab aequali, bono licet animo, vbi alia longe mitiora ſuperſint remedia, eaque tantum applicari debuiſſent*; quorſum refer, ſi bella intuitu *religionis chriſtianae* propagandae ſuſcipiantur. Valde enim dubito, quin illarum iuſtitia inuictis vnquam argumentis a quoquam probata ſit, vel probari vnquam poſſit. Religionem namque *verbo*, *non ferro* propagandam eſſe ſupra *c.* 1. §. 6. *ſeq.* pluribus fuit demonſtratum. Vnde nunquam a me impetrare potui, vt iuſta cenſerem bella, quibus CAROLVS M. quondam Saxones ad amplectenda Chriſtianorum ſacra cogere non dubitauit. EGINHARD *in vita Caroli c.* 7. Tantum abeſt, vt probare poſſim crudelia illa *iudicia Weſtphalica*, quibus terrebantur, ne deſertis iterum iſtis, ad priſcos conuerterent errores. conf. LEVINVS AMBEER ſeu potius IMM. WEBER Prof. Gieſſ. *in der teutſch. Europ. Staats-Hiſt. p. m.* 34. *ſqq.* cui adde WERNER. ROLEVINC. *in antiqu. Sax. P.* 2. *c.* 6. apud LEIBNITZ *T.* 2. *ſcriptor. Brunſw. p.* 614. SCHWEDER *in Iur. publ. P. ſp. Sect.* 1. *c.* 14. §. 14. *ſqq.* C. G. HOFFMANNVS *de orig. et nat. LL. german. c.* 2 *Period.* 4. §. 4. *not* (*c*) qui egregia, nec vbiuis obuia de his iudiciis affert, et, quem primum laudare debebam, THOMAS. in erudita diſſ. *de iudic. Weſtphal.* Alia quippe mens fuit Chriſti circa conuerſionem populorum. Miſit ille Apoſtolos, vt Euangelium illis annunciarent, quod ſi accipere recuſa-

Digitized by Google

cuſarent, e finibus eorum, excuſſo pedibus puluere, excedere rurſus eo voluit. Hinc pariter a paucis approbari poſſe exiſtimo crudelitatem *Hiſpani*, quo, ſub finem Sec. XV. populos Indiae Occidentalis ſub hoc praetextu bello petiit, ſibique magnam partem ſubiugauit. vid. autores a LIPENIO *Bibl. Philoſ. Voc. Ind. occid.* laudatos. Talia enim bella ne quaquam Deo placere, teſtimonium luculentum praebere poteſt funeſtus euentus expeditiones cruciatas, Sec. XI. decurrente primum coeptas, qui comitatus eſt. conf. de his omnino LVD. MAIMBOVRG *Hiſt. des Croiſſades, Paris* 1682. 12. *IV. Vol.* qui legi meretur. add. G. MVLLER D. *de hoc argum. Norib.* 1709. et Reu. AD. RECHENB. D. *de prima expeditione cruciata* inter eius *diſſ. Hiſt. polit. P.* 2. *D.* 17. aliique. Rectius proinde faciunt ii, qui per Apoſtolos (hodie *Miſſionarios*) conuerſionem gentium ad Chriſtum tentant, quemadmodum maximis quidem impenſis, ſed non ſine ſecundis ſucceſſibus in oris Coromandelis, ab A. 1705. fecit Potentiſſimus Daniae Rex, purioris doctrinae defenſor optimus. vid. *Epiſtolas Miſſionariorum* anglice editas Lond. memoratas in *den. neuen Zeit.* 1719. *p.* 526.

§. VI. Quartus caſus, qui exceptioni noſtrae in *theſi* locum facere videtur, eſt, quoties aut *ab aequali*, aut etiam *inferiori*, aut *ſuperiori* quandoque (altero ſcil. in *ſtatu Nat.* conſtituto) *ius quoddam, cuius exigendi nullum plane competebat ius, extorqueatur.* Ad *Imam* ſpeciem referrem ſecundum AVGVSTINVM latrocinia gentium, qua gens alteram inuadit, ac ab ea aliquid extorquet, nullo plane ad id iure munita. Talia frequentiſſime quondam inter gentes deprehendebantur, apud quas naturalis luminis ſanctimonia adeo euiluerat, vt ius a viribus et robore potentioris ſuſpenſum crederent, iuxta illud ENNII: (4)

Non

Digitized by Google

Non ex iure manu conſertum, ſed mage ferro
Rem repetunt.

conf. omnino egregiam B. IAC. THOMASII diſp. *de latrocinio gentium in gentes.* GROT. *de ver. rel. Chr. lib.* 2. §. 12. Et quid erant pleraque ALEXANDRI bella, MAGNI licet nomen ipſi conciliarint, niſi latrocinia? Pro quo rectius illi tribueres titulum maximi omnium, qui ſunt, qui fuerunt, et qui futuri fortaſſe ſunt, *latronis.* Egregia ſane hanc in rem eſt oratio a Scytharum oratore ad ipſum habita apud CVRTIVM *lib.* ni fallor 7. qua viuide iniuſtitia plus vltra tendendi exprimitur. Tales latrones quoque fuiſſe BRENNVM, ANNIBALEM ATTILAMQVE, quibus pro iuſtitia enſis fuit, putat GROT. *de I. B et P. l.* 2. *c.* 2. *n.* 3. Vtinam vero hodie opus non eſſet illud repetere LACTANTII, *quid bella aliud, niſi gentium latrocinia?* Ad *ſecundam* ſpeciem, qua ab *inferiori* ab eo, qui in ſtatu nat. eſt conſtitutus, praeter ius quid extorquetur, pertinent rebelliones ſubditorum contra legitimum ſuum Principem. Pleni ſunt illarum omnes annales, nullaque ferme inuenitur gens, quae a motibus inteſtinis libera ſit, vt adeo exempla non procul quaerere neceſſum habeamus. Proxima ſecula illa ſuppeditant. Quem fugiunt factiones Guiſiorum contra Principes regiae ſtirpis et Mommoranci adhaerentes circa medium ſec. XVI. in Gallia? vid. THVAN. *lib.* 24. Quis neſcit arma Anglorum ſuperiori ſeculo contra CAROLVM I. ſumta; vbi maxime damnandum puto nefandum illud regicidium, hucque trahendos verſus illos STATII iam olim a THVANO *l.* 57. *p.* 1065. *et l.* 53. *p.* 1074. ad lanienam pariſienſem applicatos:

Excidat illa dies aeuo, nec poſtera credant
Secula, nos certe taceamus, et obruta multa
Nocte tegi propriae patiamur crimina gentis.

Vt

Digitized by Google

Vt adeo nec hic dubitandum ſit, ſi *in theſi* rem conſideres, quin contra omne ius et fas et ſine rationabili cauſſa extorta ab eiusmodi rebellibus promiſſa, poſtea periculo ſuperato, recte vi exceptionis noſtrae denegari poſſint. Ad *tertiam ſpeciem* referas tyrannorum oppreſſiones, qualis fuit Regis Hiſp. PHILIPPI II. ratione Belgarum, qui et ideo iugum iſtud durum excuſſerunt; apud Suecos quondam CHRISTIERNI II. qui ideo pariter ſe ab eo liberabant. Breuiter, ſi quid *ſine iure* extortum eſt, exceptioni huic in theſi conſideratae locum eſſe, manifeſtum videtur. Qua de re neruoſe GROTIVS *l.* 2. *cap.* 17. §. 17. *qui contractui*, inquit, *aut promiſſioni cauſſam dedit dolo, vi aut metu iniuſto, tenetur eum, qui cum actum eſt, in integrum reſtituere, quia ille ius habuit, tum ne deciperetur, tum ne cogeretur; illud ex natura contractus, hoc ex naturali etiam libertate.*

§. VII. Poſtquam itaque ſufficienter demonſtratum fuit, exceptionem metus iniuſti in *theſi* omnino etiam in *ſtatu naturali* locum inuenire, nunc ad iſtam progredior diſpectionem, num hactenus tradita tuto in *hypotheſi* ſtatuere liceat? Admodum vero dubito, quin in cauſſis liberarum gentium haec exceptio ſit admittenda. Nam etſi exceptio per ſe vera maneat, difficile tamen hic erit iudicatu, vbi illa valere poſſit, nec ne? qui enim certum indubitatum ac deciſiuum iudicium ferri poterit de iuſtitia vel iniuſtitia armorum? Quam diuerſae ibi non occurrunt circumſtantiae, quarum vel minimae in moralibus variant rem? Cui autem has exacte perpendere omnes datum eſt? Vt adeo pro moraliter certo vix ac ne vix quidem determinari poſſit, cauſſa incuſſi metus num iuſta fuerit nec ne? *Etſi enim victus perſuaſus ſit*, verba ſector THOMASII, *de iuſtitia armorum ſuorum, moraliter tamen iſtud certum dicitur. quod et aliis poſſit oſtendi, cum non eſſe et non apparere hic fere pro ſynonymis*

Non vero in hypotheſi.

quod probatur (1) *ex incertitudine, vter belligerantium iuſtam vel iniuſtam habeat cauſſam?*

nonymis habeantur. vid. l. l. D. l. 2. c. 7. §. 69. Et pone, hoc fieri poſſe, quis quaeſo de eo cognoſceret? Num *tu*, qui metum te paſſum fuiſſe, praetendis? Facile vero ipſe intelliges, eandem aduerſario poteſtatem ius ſibi in propria dicendi, pariter non poſſe denegari. Nihil enim aequitati naturali magis conueniens eſt, quam vt, quod mihi licere in alterum ſtatuam, idem et ipſi contra me permittam. Nec vincens vnquam carebit praetextibus, aliquam iuſtitiae ſpeciem habentibus. Num forſan *aliae gentes?* Sed nec harum iudicium poterit eſſe omni ſine contradictione. Quot enim cauſae impedire nequeunt, vt illud aduerſa pars, cuius in condemnationem id latum, reiicere merito poſſit. Aut enim odium contra alteram partem, aut circumſtantiarum ignorantia, et alia eiusmodi hoc iudicium inane reddent. Qua de re egregie GVNDLING. cit. *diſſ. c. 2. §. 14.* Recte proinde *Maſſilienſes* in cauſſa Caeſaris et Pompeii dicebant, neque ſui iudicii neque ſuarum eſſe virium diſcernere, vtra pars iuſtiorem haberet cauſam. SVETON. *in vita Caeſ.* Multo minus vero in hiſce liberarum gentium diſceptationibus iudicium *priuati* alicuius tuto admitti poterit. Quamuis enim ab illo ex circumſtantiis, fortaſſe ipſi ſoli notis, aut aliunde iuſtitia vel iniuſtitia partium belligerantium cognoſci queat; illud tamen manet *priuatum iudicium*, quod litigantes nullo pacto obligare valet. Nec ii propterea ceſſabunt credere, ſe iuſtitiam cauſae a ſuis habere partibus. Nemo enim iniuſte ſe agere videri vult. *Suum quisque bellum ſacrum praedicat: hoſtes quisque ſuos impios dictitat: ſuam quisque cauſam ſanctam nominat. In ore omnium ſanctum piumque verſatur, conſilio, conatu, animo ſecius agitur. Theologique et ICti venalem ſtylum propenſioni principum ſuorum accommodant.* FORSTNER. *ad ann. Tacit. l. 1.* Vnde in omnibus belli declarationibus (vulgo *Manifeſtes*) cauſſas

cauſſas eius iuſtificas vides conſarcinatas. Et quanto ſtudio quandoque non conquiruntur rationes, quibus legentibus perſuadere laborant principes, ſe iure optimo arma cepiſſe, pacisque alias amantiſſimos, vi quaſi ab aduerſario ad ea fuiſſe adductos? Quis itaque ex dictis non intelligit, quam impoſſibilis videatur exceptionis huius in *praxi applicatio*, quamuis in *theſi* veriſſimae, vt hic omnino locum inueniat, quod de Caeſare et Pompeio quondam cecinit LVCANVS:

> *Quis iuſtior induit arma,*
> *Scire nefas.*

Dantur plures eiusmodi veritates, in theſi recte ſe habentes, in hypotheſi vero vſui minus inſeruientes.

§. VIII. Profecto plures dantur eiusmodi veritates, quae *in ſe ſeu in abſtracto* conſideratae omnino admittendae videntur; *in concreto* vero ſeu *applicatione* minus vſui inſeruientes apparent. Huc referri quodammodo poſſunt, quae vulgo de reducenda religionum vnione diſputantur, inprimis de pace inter duas *Proteſtantium* partes ſtabilienda. (Nam de vnione cum *Rom. eccleſia* ad vnum ferme omnes deſperant, vtpote quae potiſſimum in politico nititur, intereſſe, de veritate e diuinis haurienda oraculis parum ſollicita: conf. poſt adductos a Magn. DN. SCHWEDERO *D. de Pac. Rel. conſtantia ac perpetuit.* §. 23. *ſq.* BVRGOLD. *ad Inſtr. Pac. P.* 2. *D.* 3. §. 4. *ſqq.*) Quoad illos vero plurimi in eo conuenerunt, iſtam vnionem eſſe tentandam, hincque tot habita inter eos vides colloquia, principum ſubnixa autoritate, tot egregia a priuatis adducta conſilia ad hunc finem tendentia, quae ſi acciperentur, ad pacem inter eos maximam affulgere ſpem, quisque facile videt, conf. fuſius DN. SCHWEDER l. c. et BVRGOLD. *l. c.* §. 6. *ſqq. et P.* 2. *D.* 21. Maxime vero noſtrum ſeculum ſemper tulit viros inter eruditos magni nominis, huius concordiae fraternae qui deſideria ſua publice expoſuerunt; inter quos duumuiros illos nominare ſufficiet, alterum, virum

Exemplum de vnione religionum, quae in abſtracto poſſibilis videtur.

 apud

apud Tubingenſes in maxima dignitate Theologica eminentem, C. M. PFAFFIVM, alterum apud Geneuenſes maxime celebrem, et ob inſignem eruditionem, ſummamque moderationem theologicam apud exteros quoque notiſſimum I. A. TVRRETINVM, qui nouiſſime id fecerunt. Ab *illo* enim habemus duo ſcripta, quorum alterum prodiit *Tub.* 1719. 4. ſub rubr. *die nöthige Glaubens-einigkeit der proteſtantiſchen Kirchen, auch nach denen ſelbs beliebten* principiis *der ſogenandten Lutheriſchen und orthodoxen Lehrer*; alterum *Ratisb.* 1720. *in 4to. ſub* tit. *näherer Entwurf von der Vereinigung der proteſtirenden Kirchen.* Vtrumque ſine autoris nomine fuit editum. *Hic* autem in conſpectum dedit collectionem plurium teſtimoniorum vtriusque partis, ad hanc concordiam promouendam quae ſingulariter faciunt. Inſcribitur iſta collectio: *Nubes teſtium pro moderato et pacifico de rebus Theologicis iudicio, et inſtituenda inter Proteſtantes concordia, praemiſſa diſſ. de articulis fidei fundam. qua ad Proteſtantium pacem ac mutuam tolerantiam via ſternitur. Gen.* 1719. 4. At quicquid ſit de hac re in *theſi* optime ſe habente, quilibet, qui varias hominum inclinationes ac mentes nouit, facile intelligit, hanc Proteſtantium vnionem multis inuolutam eſſe in *hypotheſi* impedimentis. Difficile vtique eſt, tot homines, quorum conſenſus ad tam egregium opus perficiendum requireretur, in vnum eſſe conſpiraturos, inprimis cum Theologi circa hoc negotium maxime ſunt audiendi. Quis autem neſcit inter hos multos ita eſſe comparatos, vt nequidem in rebus adiaphoris vel latum vnguem aduerſae parti cedendum ſibi eſſe perſuaſum habeant? quin imo propter incommodas quasdam voces, inque compendia Theologica non receptas magnas controuerſiarum moueant turbas, litesque potius augeant quam imminuant, de quo ſuo iam tempore conqueſtus fuit STAVPITIVS, exclamans:

In praxi vero non item.

clamans: *quis nos liberabit de rixoſa ac contentioſa Theologia?* Quamuis autem ex dictis rationibus non leuia adhuc ſuperanda ſint obſtacula, optandum nihilominus eſſet, vt laxiora indies inter eos charitas incrementa caperet, odiumque inter vtramque partem hactenus quod in quibusdam locis fuit, pedetentim diminueretur. Quodſi vtrique memores ſubinde fuiſſent illius TERTVLLIANI: *Nos Chriſtiani ſumus, quorum characteriſmus eſt mutua dilectio, peculium patientia, vt ipſis etiam hoſtibus noſtris beneficiendi praecepta habeamus;* ſane catholici ex mutuis iſtis damnationibus, ſuperioribus factis temporibus, tam largam fructuum non collegiſſent ſegetem. Sed dabit Deus his quoque aliquando finem, qui quod nobis videtur variis et vix ſuperandis obſtructum impedimentis, in eum, quem optamus, ſtatum reducere poteſt.

§. IX. Sed redeo ad propoſitum; Et cum ſupra §. 7. demonſtraui, propter difficilem determinationem, quem penes belligerantium iuſtitia armorum ſit vel iniuſtitia? in ſtatu naturali exceptionem *metus iniuſti* in decidendis gentium diſceptationibus admitti neutiquam poſſe, breuibus adhuc perſecuturus ſum, quae incommoda, admiſſa hac exceptione, inde eſſent ſecutura. Perpetuae enim ſic inter gentes exiſterent turbae, *nec vlla vnquam foret de vrbe aut exercitu dedendo compoſitio, nulla pacis transactio, quae ſub iſto titulo rumpi non poſſet, atque adeo tranquillitas publica turbaretur*, recte concludente Scriptore Hiſpano, DID. SAAVEDRA acutiſſimi iudicii viro, in *ſymb. polit.* 9 . quomodo enim ſecurus eſſe poſſes, quin hodie promiſſa cras vel quouis tempore iterum a debitore reſcinderentur? Profecto bella bellis cumularentur, paxque ac tranquillitas inania eſſent vocabula. conf. GROT. *l.* 3. *c.* 19. §. 11. Non finirentur certamina, niſi cum internecione alterius partis, eo quod non pro amico ſed hoſte perpetuo habendus mihi eſſet,

Probatur porro, exceptionem metus inter gentes admitti non poſſe, quia bella ſic nunquam ceſſarent.

Digitized by Google

eſſet, quem pacem vix initam ſtatim data occaſione ſcio rupturum. Cum enim *iure belli* hoſtem tam diu proſequi liceat, donec hoſtis maneat, amicitia autem, quae ideo tantum offertur, vt interea ſpatium concedatur vires paulisper colligendi, vera amicitia non ſit, ſequitur, arma non prius deponendi ius habere victorem, donec totali tuo interitu ſecuritatem ſuam procuraſſet. In hoſtem enim, quousque talis manet, omnia licita ſunt. Quis autem tam ſibi foret inimicus, vt ipſe interitus ſui exiſteret cauſſa? Quo ipſo turbulentiſſimus rerum futurus eſſet ſtatus, omnisque de pace ſpes euaneſceret.

quod tamen expedit generi hum. §. X. Iam vero expedit omnino generi humano, et ad eius conſeruationem vtique neceſſarium videtur, vt non tantum actus hoſtiles ad tempus ſuſpendantur, ſed et ſemina bellorum funditus extirpentur, id quod pacificationum verus finis eſt, vel eſſe debet. Apposite SENECA *Hercul. fur. v. 361. ſqq.*

Si aeterna ſemper odia mortales agant,
Nec coeptus vnquam cedat ex animis furor,
Sed arma felix teneat, infelix paret,
Nihil relinquent bella; Tum vaſtis ager
Squallebit aruis, ſubdita tectis face.
Altus ſepultus obruet gentes cinis
Pacem reduci velle victori expedit
Victo neceſſe eſt.

Quomodo autem pax reduci poteſt, ſi per iſtam exceptionem, nonniſi ad arbitrium laeſi liquidam, reſiliendi a pactis bellicis facultatem permittere velles? Fruſtra hic opponis iniuſtitiam armorum. Eo ipſo enim dum pactus es, ius, quod tu hactenus in re tua habebas, in aduerſarium tranſtuliſti, ſicque effeciſti, vt quod hactenus, nullo munitus iure vel poſſedit, vel ad quod adſpirauit, ab iſto momento iure poſſideat, pariter, vt iure ciu. fit in transactionibus.

Digitized by Google

nibus. Vti enim in iudiciis dubius rerum euentus grauem a lite diſcedendi praebet cauſam, hincque transactio quaſi de re dubia ob timorem litis valet; ita etiam in bellis propter dubiam Martis aleam et armorum metum inita pacta firma diiudicanda ſunt ſeu iure ſeu iniuria bellum ſit ſuſceptum. Manet itaque hoc, cum inter gentes deficit iudex, lites earum dirimens, huiusque vicem *gladius* ſubit, neceſſe eſſe, vt in eo acquieſcant, quod martis alea decidit. PVFEND. *l.* 8. *c.* 8. §. 1. *in fin.* Vehementer namque foret abſurdum, in arenam deſcendere, inque armorum conſentire deciſionem, deinceps vero re ex voto non ſuccedente, ac martis fortuna alteri, licet iniuſto inuaſori, victoriam decernente, de *vi iniuſta* conqueri velle. Euentum enim martis eſſe ancipitem pariter vt ludi nemo non ſcit; ſi itaque huic rem tuam committere oportet, quo iure poſtea, re male geſta, multa de iniuſtitia victoris verba faceres? Non magis ſic de iniuria tibi facta conqueri licet, quam ſi quis ex condicto in duello pugnans vulneratur, PVFEND. *l.* 3. *c.* 1. §. 7. adeo, vt qui hic ſuccumbit, applicare ſibi debeat illud PLAVTI *Amphitr. act.* 1. *ſc.* 1. *vt lubet, quod tibi lubet, fac, quoniam pugnis plus vales.* Et recte iterum SENECA *Thebaid. v.* 629.

hinc concluditur, in deciſione martis gentibus eſſe acquieſcendum.

Quodcunque mars decernit, exaequat duos,
Licet impares ſint, gladius et ſpes metus.
Sors coeca verſat.

Et ſane rei natura alium lites terminandi modum inter gentes non permittit. Nec minus contra admiſſionem huius exceptionis inter liberas gentes vrgeri poſſe videtur, (cum tam infinita belli calamitas, e contrario vero tam ingentia pacis ſint commoda, vt vel iniuſtam pacem vtiliorem bello iuſtiſſimo cenſeat CICERO *l.* 7. *epiſt.* 14. *ad Attic. in fin.*) non tam *vi metuque* compulſos, quam *ſponte* potius ſua ex prudentiae rationibus commotos belligerantes

Digitized by Google

tes de finiendo bello pacta inire exiſtimandos, hincque metum, ſi quis interuenerit, pro tali ſaltem, quae in integrum reſtitutioni locum faciat vel ipſa naturali aequitate ſuadente propter publicae tranquillitatis fauorem non eſſe habendum.

Rſp. ad principia traditis hactenus contraria. quorum primum negātis fidem haereticis ſeruandam.

§. XI. Ex dictis manifeſto conſtare arbitror, erronea omnino pacique ac tranquillitati publicae maxime aduerſa eſſe illa principia, quibus, neglecto prorſus diſcrimine ſtatus nat. et ciuilis, ſtatuitur, *exceptionem noſtram in vtroque aeque eſſe admittendam*, ſidemque pactis datam quandoque reuocare licere. Inter haec principia famoſiſſimum eſt illud *de fide haereticis vel diuerſae religionis hominibus non ſeruanda;* dogma a plurimis in Romana eccleſia aſſumtum, defenſum, impium vere et ipſi principum ſaluti periculoſum. Cum enim HENRICVS IV. a perditiſſimo illo RAVALLIACO ſeculi ſuperioris anno 10. eſſet occiſus (vid. *Memoires du* DVC DE SVLLY *T. 2. p.* 413. *ſqq.* LVDOLPH. *Schau-Bühne ad h. A. p.* 318.) Ieſuitae eo proceſſiſſe dicuntur impudentiae, vt publicis ſermonibus ſcriptisque proferre non dubitarint, *licere hoc cuiuis ſubdito,* ſi Magiſtratus haereſeos labe eſſet infectus, teſte van DISSINGAV *in der information von der autonomia c.* 3. *p.* 46. quin imo hoc factum *meritorium* credendum eſſe tradunt WILH. ROSSAEVS, TH. BOZIVS aliique. Fallit itaque PAVL. RICAVTVS, quod *Muhammedanos* quoque perverſiſſimae huius doctrinae defenſores facit, ad Alcoranum eorum prouocans, per cuius LL. ipſis integrum eſſe dicit, foedera cum infidelibus, adeoque iuxta eos cum haereticis inita, pro lubitu violare. vid. *de ſtat. Imp. Ottom. l.* 1. *p.* 297. Contrarium namque diſerte in ipſo Alcorano legi, rectius obſeruat AVTOR *notarum in* RICAVTVM, ideoque inter ea, quae falſo Muhammedanis imputantur, retulit ADR. RELANDVS *de relig. Muhammed. l.* 2. *p.* 167. Et quem

Digitized by Google

quem fugit illud AMVRATHIS II. votum, cum A. 1444. ab VLADISLAO I. Hung. ac Pol. rege, eoque Chriſtiano, datam contra fidem apud Varnam, iuſſu EVGENII IV. Pontif. (vid. orat. legati Pontificii perfidiam ſuadentem apud BONFINIVM *Dec.* 3. *l.* 6. *p.* 457.) improuiſus inuaderetur: (vid. LEWENCLAW *in Pandect. turcic.*) quod falſitatem illius imputationis luculenter arguit. Eſt quippe haec doctrina omnibus naturalis rationis regulis aduerſa, ideoque ne quidem inter gentes vnquam probata. Reſcindit namque omne ſocialitatis vinculum, omnemque contrahendi occaſionem, vel offenſos reconciliandi rationem penitus impedit; cum e contrario nulla res vehementius Reſp. contineat, quam fides. Egregie hinc ARISTOT. l. *Rhet.* 15. *n.* 38. *Peraguntur*, inquit, *pleraque negotia et quae ſponte fiunt, pactis, ita, vt, ſi iſtaec irrita reddantur, mutuum inter homines commercium tollatur.* Quodſi autem ſeruanda eſt fides, illa cuiuis homini, *ſine vlla exceptione* religionis, vel alius cuiusdam reſpectus, eſt ſeruanda. Non enim reſpicit promiſſa fides conditionem perſonae, cui promittitur, ſed *promittentis*, cui competit id agere, quod probum virum decet, quicunque ille ſit, quocum agit; ſufficit enim in contrahendo pacto ipſos aeque ac nosmet homines eſſe, nec ex humana ſocietate expellendos, aut iure humanae naturae priuandos eſſe, licet aliter de Deo ſentiant, bene monente DN. C. O. RECHENBERG. *Inſt. iur. nat. l.* 3. *tit.* 22. §. 5. Id quod probe quoque obſeruans Imp. CAROLVS V. datam in comitiis Wormatienſibus 1521. LVTHERO fidem, contra clamores clericorum, quibus erat ſtipatus, exactiſſime duxit ſeruandam. Notiſſima hac de re ſunt illius verba, cedro omnino digna: *Weil D. Luther ſich uf unſer kaiſerlich wort und verſprochen gelaid hiehero begeben; als wollen wir in keinem weg geſtatten, daß ihm das geringſte leid zugefüget werde.*

Refutatur (2) ex ratione naturali.

 Dann

Digitized by Google

Dann wenn ſchon Treu und Glauben von der gantzen welt vertrieben ſeyn ſolte, wil es ſich doch gebühren, daß derſelbe noch bey einem Kaiſer gefunden werde. SLEIDAN. *lib.* 3. Nequaquam imitabatur leuitatem SIGISMVNDI, qui, conclamante turba in comitiis Conſtantienſibus: AD IGNEM! AD IGNEM! datam IO. HVSSO eiusque ſocio HIERONYMO PRAGENSI fidem turpiter frangere amauit, qua Rom. Praeſulis cohorti quid denegare. conf. VAN DISSINGAV *l. c. c.* 13. *p.* 282. *ſqq.* vbi de Huſſi morte ex Poggio teſte oculari refert, quicquid ad eius defenſionem dicat Laur. Drick. et IOANNES A ROYAS *de ſingul. iur. in favorem fidei, ſing.* 63. Et ſane cum inter diuerſae religionis homines communio eſt non ſolum iuris nat. ſed et ci-

(2) *ex ſacro Cod.* vilis, cur inter eos humanae non intercederent obligationes? Ipſe *ſacer Codex* praebet exempla foederum pactorumue diuerſae religionis inter homines factorum. Sic v. g. *Abraham* paciſcitur cum *Abimelech*; eiusdem nominis Rex etiam cum *Iſaac* foedus mutuo iurauit. Pariter *Iacobus* cum idololatrico *Labano* paciſcitur, et totus *Iſrael.* populus cum *Gibeonitis.* In iisdem quoque ſacris literis paſſim violationes eiusmodi pactorum deprehendes punitas, luculentiſſimo iudicio, Deo quam maxime placere datam indiſtincte ſeruare fidem. conf. VAN DISSINGAV *l. c. c.* 3. *in fin.* add. LEHMANN. *de P. rel. lib.* 3. *c.* 35. *quaeſt.* 12. *p.* 363. *ſeq.* Nec ſine prouidentia eius factum exiſtimarem, quod modo de clade VLADISLAI apud Varnam memoraui. Quae cum ita ſint, ipſi prudentiores *Pontifi-*

(3) *ex ipſis Pontificiorum teſtimoniis.* *cii*, abſurditatem dogmatis huius intelligentes, non potuerunt non illud deteſtari, licet in *concil. Conſtantienſi art.* 2. *ſeſſ.* 15. fuerit ſtabilitum. Egregie BODINVS *de Rep. l.* 5. *c.* 6. *ſi*, inquit, *fidem infideli et haeretico frangere fas eſt, dare nefas eſt; ſi vero fidem dare ius eſt, datam ſeruare oportet.* Et Cardinalis OSSATVS *l.* 3. *ep.* 87. *p.* 371.

371. de foedere Gallorum Regis cum Regina Angliae inita, vid. THVAN. *l.* 116. *p.* 753. (cuius rupturam Papa CLEMENS IX. ſuaſit,) ita: *Le Pape*, dit-il, *me dit*, *que le ferment avoit été fait à un héretique*, *et que ſa Majeſté avoit fait un autre ferment à Dieu et lui Pape.* Mox *p.* 376. ſubnectit iudicium hoc: *Vous vojés*, *comme*, *encore que le Pape aye l'ame bonne*, *néant moins la haine*, *qu'il porte aux herétiques*, *le tranſporte ſi avant*, *qu'il ſe laiſſe echapper du bouche*, *bien que ſous le nom d' autrui*, *des maximes pernitieuſes et indignes de tout homme de bien.* Plerique quoque Moraliſtarum inter Pontificios hanc damnarunt doctrinam. vid. LAYMANN. *Theol. mor. l.* 2. *tr.* 3. *c.* 12. *n.* 15. vbi expreſſe aſſerit, *nec per autoritatem Pontificis ſolui poſſe pactum publicum, quod cum haereticis iniere Catholici.* Alii integris contra abſonam hanc doctrinam declamarunt ſciptis. Sic *pro fide haereticis ſeruanda* pugnarunt HERIB. ROSWEIDVS, Loiolae diſcipulus, in libello *Mogunt.* 1607. recus. *Antw.* 1710. 8. et ROB. SCHWERTIVS *Antw.* 1609. 8. aduerſus elenchum DAN. PLANCII. Spectant huc quoque tradita a NATAL. ALEXANDRO *in hiſt. eccleſ. ſec. XV. et XVI. diſſ.* 7. *T.* 8. edit. in fol. *p.* 495. *ſqq.* ANT. ARNOLDO *in apologia pro Catholicis contra* AVTOREM *de la politique du clergé de France T. I. c.* 22. *p.* 433. *ſqq.* Ex *Proteſtantibus* illi ſe oppoſuerunt IAC. SCHVLTES, Aduocatus Lipſienſ. in pec. tr. *de fide haereticis ſeruanda*, ſubiecta ipſius tractatui *de praeludiis iuſtitiae ac iuris* 1660. edito, et PETR. BAELIVS *dans réponſes aux queſtions d'un Provincial*, *T. I c.* 9. *ſeq.* Egregie quoque hoc argumentum tractauit VFFELMANNVS Prof. olim Helmſtad. in tr. *de iure*, *quo homo homini obligatur*, *c.* 7. §. 11. *ſq.* ad quae lectorem remittimus. (4) *Ex Proteſtantium ſcriptis.*

Alterum, quo contra fidem rebellibus datam exceptio metus a nonnullis ſtatuitur. Refutatur.

§. XII. Porro nec approbanda erit illa nonnullorum doctrina, qua *rebellibus ciuibus fidem* de impunitate vel aliis quibusdam a ciuitatum Rectoribus *datam*, *oppoſita dein exceptione metus, recte denegari poſſe* autumant. Vid. quae contra illam diſſeruit modo laudatus GRASWINCKELIVS. Nam licet nullus inficias eam, inferiori armis cogendi ſuperiorem ius non facile competere: vid. fuſius GROT. *l.* I. *c.* 4. ibique TESMAR. PVFEND. *l.* 7. *c.* 8. §. 5. *ſqq.* attamen cum rebelles plerumque iniuriam a Principe vel ſibi vel Reip. factam praetexunt, difficilis vt plurimum eſt inquiſitionis, vter litigantium maius habeat ius. Idque magis, quod ſaepius liquido non conſtet, quaenam Reip. ſit forma; vtrum ſtatus ſit pure Monarchicus, an modus ſaltem adminiſtrandi talis ſit? qua de re inprimis diſputatum fuit ſeculo ſuperiori in motibus Bohemicis ac Anglicis; vt itaque non ſemper ſit euidens, vter ex belligerantibus in eiusmodi *ciuili bello* ſit ſuperior, vter inferior? Quis enim haec ad oculum demonſtrabit? Quisnam iudex determinandus? Num Princeps, an perduelles qui dicuntur? Neuter ſane. Nemini enim in propria cauſſa iudicium ferre licet. Sed pone in confeſſo eſſe, Monarchiam obtinere in ciuitate; attamen non erit et tunc Principi graſſandi licentia in vitam ac fortunas ciuium pro lubitu, adeo, vt nulla ſuboriri poſſet ſubiectis conquerendi cauſſa de exactionibus immodicis, rapinis aliaque crudelitate a Principibus, abſoluta poteſtate gaudentibus, quae exerceri vt plurimum ſolet. Nam aut data eſt illimitata poteſtas Principi a populo *ſponte;* id tamen factum eſſe ſub hac conditione, naturalis dictitat ratio, ne in odium ac oppreſſionem ſuam illa abuteretur, vti quondam CALIGVLA, optans, *vt populo Rom. vna eſſet ceruix.* SVETON. *in vita eius.* TACIT. *Ann. lib.* 6. Quis enim ſponte ſibi hoſtem pararet? Aut *bello* haec poteſtas fuit acquiſita, et tunc *hominibus*

minibus ſe imperare memor eſſe debet, quos laedere ſine cauſſa ipſum naturae ius vetat. Grauiter COLBERTVS: *Si le ſujet, dit-il, eſt ainſi dans l' obligation d' une fidelité parfaite envers le Souverain, le Souverain de ſon coté ne doit pas le traitter comme un eſclave; Il ne faut le charger qu' à proportion des beſoins de l' état; Autrement ou il ſuccombe ſous les poids, dont il l' accable, ou il regimbe contre l' eperon, ainſi, qu'il arrive à ces chevaux, qu'on veut dompter tout d' un coup, ſans les accoutumer inſenſiblement à la correction.* Voyés *ſon teſtam. polit. ch. 5. fol.* 250. Quamuis autem iure deſtituantur ſubiecti, per *vim* ſaniorem ſibi reddendi eiusmodi Dominum, competit tamen illis poteſtas, per *preces*, quid efficere queant, tentandi. Quodſi vero, fruſtra omnibus tentatis, iuſtus dolor ad arma tandem conuolare ſuaſerit, in modo ipſi peccaſſe dicendi ſunt. At, quomodo res reſtituenda? Reſpondeo, aut *per vim* in ordinem ſunt redigendi, aut per *pacta* coniunctio eorum cum domino tentanda. Prius ſi ſuccedat ſuperiori, videat, quid de ipſis ſtatuat; ſin poſterius, ipſa negotii natura oſtendit, Regem rebellibus gratiam delicti facere, nec obtentu rebellionis ſemel remiſſae pacta irrita reddi, hacque exceptione annullari poſſe. PVFEND. *l.* 8. *c.* 8. §. 2. Aliter ſane non video, quomodo, ſalua principum ſalute, ſit ſtatuendum, quid enim fieret, ſi exceptioni noſtrae hic locum concedere velles? Num putas, rebelles oblatam reconciliationem, pacisque factae reſtitutionem vnquam eſſe accepturos, ſi in fide danda tuto ſe confidere non poſſe ſcirent? Neutiquam. Potius ſecuritati ſuae conſulturi, eousque Principem ſuum perſequerentur, donec ipſum penitus deleuiſſent, ſicque tragoedia Anglicana ſaepius luderetur. Iam vero ab amentia parum alienus videretur, qui in tale periculi genus, contra omne ius, quod ſibi debet, ſe ipſum coniicere vellet. Quid enim ex non ſeruata ſubiectis fide prouenerit mali,

Digitized by Google

teſtantur Hiſpaniae, Galliae, Pannoniae, Angliae aliarumque gentium monumenta. Fruſtra hic obuertis, Principem tamen habere ius rebelles puniendi ſubditos. In promtu enim eſt reſponſio, habere quidem illud ius, ſi *per vim* eos ad officium redegerit; non vero, ſi ſemel conceſſa impunitate, iniuriam ſibi illatam remiſerit, ac totalem promiſerit amneſtiam, quam promiſſionem ſi poſt arma a ſubditis depoſita frangere non dubitaret, ſcelus ſcelere rependeret, eoque ipſo efficeret, vt parum in ſimili caſu ipſi confiderent. Quamobrem approbare neutiquam poſſum CAROLI, Ducis Burgundiae, factum cum *Gandavenſibus.* Hi enim, cum ſcriptos ipſi offerrent articulos, quibus omnia ab ipſo repoſcebant ablata per bellum a Patre, interque alia, vt ſingula opificum ciuitatis collegia ſua haberent vexilla, vti conſueuerant, quorum ſumma 72. faciebat; metu periculi praeſentis aſſenſus eſt poſtulatis, et priuilegia, quae vellent, dedit, ne, cum in Leodios moueret, hoſtem domeſticum a tergo relinqueret, et ita diſtraheretur viribus. Verum conſtituerat apud animum, ſi victor reuerteretur, optimis remediis eos ad ſanitatem redacturum, quod etiam euentus approbauit. vid. COMIN. *l.* 2. *c.* 5. *f.* 106. *ſeq.* Enimuero cum ſemel fidem dederat, aut ſeruanda ipſis, aut plane non danda fuiſſet, potiusque eo laborandum, vt vi eos in ordinem redegiſſet. Vt itaque male potius quam bene Principibus conſuluiſſe LIPSIVM dicerem, ita *lib.* 6. *c.* 4. *polit. n.* 39. *ſeq.* Principem ſuum alloquentem: *Da verba, quoniam verba apud eos plurimum valeant; offer blanda, imo ambigue promitte; quid refert, facile mox irrita facies, quae per ſeditionem expreſſerint.* Recte proin refutatus eſt a commentatoribus ad eum THOMSONO et LOCCENIO. Eadem cum Lipſio Philoſophia eſt BOXHORNII *in Inſtit. polit. l.* 1. *c.* 14. §. 19.

§. XIII.

Sed quid de exemplo Mariae Scotiae Reg. habendum, quae fidem ita fregit?

§. XIII. Dicis: cur itaque MARIA, Scotiae Regina, regnum eiurare ab aduerſa factione coacta, filioloque IACOBO vix 13. nato menſes illud cedere, TROCMORTONVS, Eliſabethae legatus, aliique eius Aduocati ab hac promiſſione abſoluere potuerint, abdicationemque iſtam ex capite *vis metusque* irritam declarare? Regero: ſpecialiſſimus hic eſt caſus, propterque circumſtantias eum concomitantes ad quaeſtionem noſtram in genere propoſitam minus applicabilis. Nam, Regina hanc ceſſionem in praeſentiſſimo, ni conſentiret, vitae conſtituta periculo fecerat. Detenta quippe erat carcere in arce, quae eſt in Lacu Levino, ſicque furori hoſtium expoſita, qui metus in ſententia declaratoria vnanimi conſenſu omnium Scotiae nobilium tanquam iuſtus et ad annullandam ceſſionem extortam aptus fuit iudicatus, poſtquam Regina confirmaſſet iuramento, ſe vi ac praeſentaneo mortis periculo ceſſioni propoſitae ſubſcripſiſſe. Lubet hac de re apponere verba THVANI *lib.* 42. *hiſt.* pr. *Rogatis*, inquit, *Roberti Melvini aliorumque teſtimoniis, et prolata ex conſilio Nic. Trocmortoni, Anglici Legati, facta proteſtatione, magno Procerum ac nobilium, qui aderant, conſenſu ceſſio a Regina in carcere facta, tanquam metu, qui in conſtantiſſimum quemque cadere poſſit, extorta, nulla ac irrita declarata eſt, eaque de re confectum publicum inſtrumentum Reginae iureiurando firmatum.* Et CAMDENVS ſcriptor Anglicus ad A. 1567. ita haecce refert: *Illa Reginae Angliae per Trocmortonum ſignificauit, ſe coactam ceſſiſſe et ceſſionis inſtrumento ſubſcripſiſſe, ex conſilio Trocmortani, qui perſuaſerat, ceſſionem in carcere, qui iuſtus eſt metus, extortam plane eſſe irritam.* IDEM ad A. 1568. *Lata*, inquit, *eſt ſententia declaratoria vnanimi conſenſu omnium nobilium, qui frequentes conuenerant, ceſſionem a Regina in carcere metu extortam, ab initio nullam fuiſſe.* Cui rationi,

Digitized by Google

qua Maria defenſa fuit, addi poſſe et hanc exiſtimarem, ſcil. ideo reginam ex hac promiſſione obligari non potuiſſe, quod regno eo ipſo plane fuerat exuta. Nam, ſi quod ius cogendi eam Scotis competiiſſe dicendum eſſet, id tamen vlterius extendi nequit, quam vt regina iura ac priuilegia, quibus fortaſſe gauiſi ſunt, ſeruaret intacta, neutiquam vero, vt regno ſe abdicaret. Quis enim tam effrenam ſubiectorum licentiam putabit ferendam? Ad hoc namque ſi indiſtincte extenderemus illorum ius, admodum intuta forent Principum ſolia. Facere quoque huc videtur, quod, licet iuſte haec ceſſio fuiſſet extorta, illa tamen poſtea publice a pleriſque regni Proceribus fuerit improbata, adeoque quaſi poſtliminio ad regnum Mariam iterum fuiſſe reuerſam dicendum erit. Paucorum enim diſſenſus hic nil valet.

Exempla alia.

§. XIV. Ex dictis patet, poſſe quandoque in eiusmodi cauſſis ſingulares quasdam occurrere circumſtantias, ob quas pacta talia, alias valida, reſcindi ipſa ſuadeat aequitas naturalis. Tales pariter obueniſſe in pactione MAXIMILIANI I. Regis Rom. cum ſeditioſis Flandris, conſtat rerum illarum gnaris, (hiſtoriam lege apud STRUVIUM in *S. R. G.* Diſſ. 30. §. 57.) hincque eam merito in ſolenni procerum Imp. iudicio ſub examine reuocandam ac pro re nata de illa iudicandum cenſuit Pater ipſius FRIDERICUS III. Imp. vid. SIGISM. A BIRCKEN *Oeſterreich. Ehren-Spiegel l.* 5. *c.* 38. *ad A.* 1488. Sic quoque nuper admodum ſuperiori anno Auguſtiſſimus Imperator pacta cum rebellibus *Bruxellenſibus* a Praefecto Comite DEPRIE inita reſcindenda poſtea iudicauit. vid. *Merc. Hiſt. et Polit. de dicto A.*

(III) Quo tyranni iugum, ſemel licet admiſſum excuti poſſe vi ex-

§. XV. Cum itaque fidei per pacta datae tanta vbique habenda ſit ratio; facile liquet, quid ſentiendum ſit de illa doctrina, qua ſtatuitur, *Tyranni iugum, pactione ſemel licet admiſſum, commoda tamen occaſione enata iterum excuti iure meritoque poſſe, exceptionique metus iniuſti hic pariter*

ceptionis noſtrae ſtatuitur, pariter refellitur.

ter locum eſſe concedendum. Nam licet ille iniuſtus imperii ſit inuaſor, vtpote qui neque haereditate, neque electione, ſi regnum rectore orbatum, neque vllo iuſto titulo, ſed ſola *vi* illud occupauit; (hoc enim ſenſu vocabulum *tyranni* hic accipi, quisque intelligit) populusque ita plerumque de priuilegiis ſuis ac iuribus nonnihil amittere ſoleat; cum tamen conſenſu ſuo illius imperium, quamuis inuitus, confirmauit, non ſine iniuria iſtum pro lubitu retrahere poſſe, obſequiumque iterum denegare, omnino dicendum erit. Nam et voluntas, quae minus malum metu maioris libere eligit, etiam eſt voluntas. Cum itaque minus malum, obſequium nimirum, eligere maluerit, quam grauiora, quae *iure belli* inuaſor inferre ipſi poterat, expectare, fides ſemel data vtique eſt ſeruanda, vitiumque inuaſoris ita purgatur. Si enim illam fallere integrum eſſet, non minus homini iure belli in ſeruitutem redacto dominum ſuum deſerere liceret; par namque eſt ratio. At vero *iſta ciuilis ſeruitus adeo naturali libertati neutiquam repugnat, quod quidam volunt, vt licet quis euitando maiori malo in eam conſentire neceſſum habuerit, poſtea per occaſionem, ipſa natura ius ad id dante, eam excutere iterum queat.* PVFEND. *lib.* 7. *c.* 8. *§.* 6. *in fin.* Belli enim aleae et hic, deficiente alio iudice, aliquid dandum, adeo, vt ius per illud acquiſitum per vim non magis eripere Principi poſſit populus, quam emtor rem ex contractu traditam, etſi poſtea venditor contractum e re ſua non fuiſſe deprehenderit. Quae cum ita ſint, facile quisque intelligit, quam turpis ac nefaria fuerit caedes IVLII CAESARIS, licet ille per vim ac iniuriam abſolutum imperium ſibi acquiſiuiſſet. Quod enim apud CICERONEM ad eam vel defendendam vel excuſandam legitur, in eo magis illum *Oratorem* quam *Philoſophum* egiſſe crederem. Rectius de ea diſſerit DION. *lib.* 44. *in principio.* Nam Romani non ſolum *ſimplici pactione* ſe ei obſtrinxerant,

Digitized by Google

rant, ſed et inſimul illam *iureiurando* confirmauerant. SVETON. *in vit Caeſ.* Profecto ſi hoc licitum eſſet, optimo iure multi, eius ſucceſſores deſeri potuiſſent, cum partim vi aperta, partim aſtutia, ad imperatorium aſcenderint ſolium. Sed cum antiquo iure ſuo ceſſiſſet S. P. Q. R. adeoque imperium Caeſarum conſenſu ſuo ſtabiliiſſet, recte illius obediendum eſſe vult PAVLVS *ad Rom. XIII.* Et cui ignota ſunt illa Saluatoris verba: *Date Caeſari, quae ſunt Caeſaris?* quibus luculenter ſignificare voluiſſe videtur, eos, iniuria quamuis ad imperium admotos, cum tamen ſemel in id eſſet conſenſum, etiam in illo defendi debere. conf. omnino circa hoc argumentum ROB. SANDERSONII, doctiſſimi Angli, *iudicium de ſubmiſſione vſurpatorum imperio debita*, Lond. 1678. anglico idiomate editum.

Nec (IV.) contra pacta *in carcere extorta noſtra exceptio in ſtat. Nat. recte opponitur.*

§. XVI. Progredior ad refellendam iſtam nonnullorum doctrinam, quae exceptioni noſtrae in ſtatu nat. locum omnino facit, quoties *pacificatio a victo in carcere detento fuerit expreſſa.* Nam ſupra §. 7. iam fuit monitum, inter liberas gentes praeciſe ac diſtincte determinari non poſſe, vter belligerantium iuſtas ac iniuſtas habeat cauſſas: qui itaque certo demonſtrari poteſt, iuſtene detineatur cuſtodia, an iniuſte, dum quaeſtio iſta praeiudicialis nondum ad liquidum fuerit deducta? Porro cum ob defectum iudicis, controuerſias qui decidat, gentes liberae eas armorum deciſioni ſubmittere neceſſum habeant, per ſe patet, illas in quemcunque, dum illa capiunt, conſentire belli euentum, ac per conſequens etiam in carcerem. Habent namque ſe bella inſtar *iudiciorum*, et vti ſententiae iudicis tribuitur effectus *rei iudicatae*, quae pro veritate accipitur, etiamſi naturalem in debitore abſoluto obligationem non extinguat; *l.* 60 *de cond. indeb.* ita quoque bellum citra diſquiſitionem de *interna iuſtitia* ex communi gentium conſenſu pro vnico lites, alias nunquam ceſſaturas, terminandi remedio habetur.

betur. Quodſi itaque martis alea alteri licet iniuſte belligeranti victoriam decernat, alterumque eo redigat, vt captus pacem, qualem victor praeſcribit, accipere e re ſua ducat, quaenam, quaeſo, cauſſa ſubeſſe poteſt, vt ab illa magis reſilire ſe poſſe credat, quam priuatus quisquam a re iudicata? Id quod eo verius, quia ipſe Deus, cuius prouidentia et victorias regit, te in talem voluit redigi ſtatum, cuius voluntati repugnare ſine crimine non licet. Vide de hoc themate fuſius et erudite admodum agentem Per-illuſtrem L. B. de DANCKELMANN in diſſert. anno 1718. habita *de pactis et mandatis principis captiui.*

§. XVII. Quibus ita praemiſſis, haud erit difficile iudicare de exemplis, in rerum annalibus quae proſtant, vbi pacta ſub praetextu *metus iniuſti* fuerint violata. Quem fugit foediſſimum illud pacifragium FRANCISCI I. Galliarum Regis, quod dimiſſus e cuſtodia, qua poſt cladem prope Ticinum 1525. acceptam, Madriti a CAROLO V. detinebatur, committere non dubitauit? Examinemus illud, rationumque leuitates ad oculum patebunt. Scil. negabat FRANCISCVS promiſſis ſtare ſe obligari, quod in carcere, adeoque coactus, illa feciſſet. Iam uero nil conſenſui magis eſſe contrarium, quam vim ac metum. Vid. qui eandem pro excuſando Rege afferunt rationem, BLONDELLVS *praef. apolog.* GVICCIARDIN. *Hiſt. Ital. lib.* 17. quo etiam collineant tradita a MACHIAVELLO de *Rep. l.* 3. *c.* 42. *l. c.* 18. *de Princip.* ad quae tamen legi merentur CONRINGII *animaduerſiones p.* 166. *ſq.* Verum enim vero illud eſt πρῶτον ψεῦδος. Qui enim probari poterat, bellum a CAROLO V. geſtum fuiſſe iniuſtum, ac per conſequens etiam eius detentionem? Supra §. 7. oſtenſum fuit, quam difficile de iuſtitia ac iniuſtitia armorum inter gentes iudicium ſit ferendum. Mirum itaque, eiusmodi quid proferri, quo quidem vulgo imponere licet, peritioribus

Sequuntur exempla violatarum pactionum ſub metus iniuſti obtentu.

Franciſci I.

Examinatur Ratio (r) Franciſci pro defenſione illius pacifragii.

Digitized by Google

non aeque. Cum enim armorum deciſioni litem cum Caeſare FRANCISCVS ſubmiſiſſet, in quemcunque euentum cum conſenſiſſe quis non intelligit? Cur itaque poſtea de metu conqueritur? Non minus friuolae erant querelae de duro carcere, quemque effugiendi propoſitis vt ſubſcriberet conditionibus, permotum ſe aiebat. Nam praeterquam quod contrarium legas apud ipſum BELICARIVM, ſcriptorem Gallum, *lib.* 18. *comm. rer. gall. p.* 562. *ad d. A.* 1525. ac GVICCIARDIN. *l.* 16. *p.* 560. affirmantes, eum iuſto ſtipatum praeſidio, quoties lubuerit, Mulae inſidentem arce Madritia egredi potuiſſe, fruſtra tamen ita rupta excuſatur fides: cum nec inde haberet, quod iure conquereretur. Quomodo enim hoſtis, hoſtili animo nondum depoſito, quodam quaſi iure expoſcere recte poteſt, quae vix conceduntur amicis? conf. GVNDLINGIVS *cit. diſſ. de efficient. metus etc. c.* 2. §. 24.

Ratio (2) *Reſp.*

§. XVIII. Fruſtra prouocabatur ad Chriſtianorum leges, quaſi hac non permitterent, bello captos cuſtodia detineri. GVICCIARDIN. *l.* 17. *p.* 672. add. AVTOREM ſcripti apud GOLDAST. *Polit. Imp. p.* 863. Vbi enim hac de re vllum in ſacris π: veſtigium? Si vero Chriſtianis bella gerere ac armis arma propulſare nusquam eſt prohibitum, quemadmodum ex dicto *Matth. V*, 39. falſo ſtatuere placuit BAELIO, (a) quis ipſis integrum non eſſe diceret, hoſtium capita ſeu Principes in poteſtatem redactos tradere carceri, eosque longioris captiuitatis imagine terrere, vt, quod ſine cruenta ſanguinis humani effuſione obtineri

Ratio (3) *Reſp.*

(a) Dans *continuation des pensées ſur les cometes, T.* 2. *p.* 596. *ſqq.* refutatus a IAC. BERNHARDO dans *ſes Nouvelles de la Rep. de lett.* 1705. *T. I. p.* 320 *ſq.* WILH. NICHOLS *in religione Principis*, GODFR. OLEARIO, Theol quondam Lipſienſi in egregio ſcripto: *Ieſus der wahre Meſſias.* Porro ad retundendam Baelii Sentent. ſpectant tradita fuſius a GROT. *l.* 1. *c.* 2. itemque a

IO.

Digitized by Google

tineri nequit, obtineatur pactionibus eorum, qui carceris taedio laſſati tandem de pace magis ſerio cogitant? Dn. GVNDLING. *l. c.* §. 20. *in f.* Adde, ex ſacris literis locum 1 *Cor. VII*, 21. et inprimis 2 *Petr. II*, 19. vbi expreſſe aſſerit Apoſtolus, *ſeruum fieri eius, a quo victus eſt*. Quamvis autem ſeruitus *priuata* inter Chriſtianos moribus fuerit ſublata, manſit tamen conſuetudo captos bello cuſtodiendi, donec perſolutum ſit pretium. GROT. *l.* 3. *c.* 7. §. *vlt.* add. TEXTOR *Syn. Iur. Gent. c.* 18. *n.* 54. et DD. ad *tit. π. de ſtatu hom.* Mea proinde facio illa COVARRVVIAE de *matrim. P.* 2. *c.* 3. §. 4. *n.* 21. *Captum*, inquit, *in bello iuſto pro ſua redemtione honeſtum et moderatum pretium promittentem, non eximi ab obligatione ob eam cauſſam, quod metu* CAPTIVITATIS *dicat* SE PRETIVM PROMISISSE. *Nam timorem captiuitatis fuiſſe iuſtum nec illatum ad promiſſionem, ſed ex promiſſione timorem, quem aliunde habuerit, ablatum eſſe.* Quae et recte ad Franciſcum applicantur ab ALB. GENTILI de I. *B. lib.* 3. *c.* 14. et TEXTOR *l. c.* §. 56. Mirum autem, dum captos facere Chriſtianorum repugnare legibus, exiſtimauit FRANCISCVS, illum ad bellum prouolaſſe, hocque modo litem cum Caeſare terminari voluiſſe. Et dubito ſane, quin, ſi conuerſis rebus CAROLVM cepiſſet, cuſtodiam eius illicitam crediſſet. Tam faciles ſumus ad improbandas aliorum actiones et ad laudandas easdem, quoties noſtrum inde dependet commodum.

IO. BARBEYRAC. dans *le traitté du jeu*, vbi probat a religione Chriſt. nihil praecipi, quod Iuri N. ſit contrarium. conf. et HENR. HAMMOND. *de rationabilitate rel. Chriſt.* anglice primum edita, dein germ. verſa, et AD. RECHENBERG. in Diſſ. de *concordia Imp. ciuil. et Chriſtianiſmi* §. 23. *ſqq.* inter eius *Diſſertat. Hiſt. Polit. p.* 451. *ſqq.* ad d. et I. F. BVDDEI *de concordia relig. Chriſt. ſtatusque ciuilis*, *Halae* 1712.

Ratio (4) §. XIX. Sed videbatur aliquam prae ſe ferre ſpeciem illud argumentum regis, quo ſe ſui fuiſſe iuris negabat, adeoque ſine autoritate et conſenſu populi valide contrahere non potuiſſe. Qua ratione et GROTIVS Franciſcum defendere voluiſſe conſtat ex *eius lib.* 1. *c.* 3. *§. f. et l.* 3. *c.* 2. §. 2. ibique HENNINGES, itemque GVICCIARD. *lib.* 16. *et* 18. cum quorum traditis conueniunt ſequentia AVTORIS *des diſcours merveilleux de Catherine de Medicis p.* 125. *Les Rois*, dit-il, *lorsqu'ils ſont priſonniers, ne peuvent rien faire d' autant, qu'on préſume toujours, que leur volonté eſt captivée, avec leur perſonne etc.* vbi exemplis dicta comprobat. Pari ratione Franciſcum defendere allaborauit BODINVS *de Rep. l.* 5. *c.* 7. *p.* 931. BELICAR. *l.* 18. *p.* 573. BACHOV. *ad Treutl. V. I. D.* 6. §. 7. *lit. A.* DAV. BLONDELL. *in praef. apol.* conf. et CHASSANAEVM *de gloria mundi P. V. conſid.* 89. At vero, licet nequaquam inficias eam, vbi populi conſenſus ad validitatem

Reſp. actus alicuius tanquam neceſſarium requiſitum, ac cauſſa ſine qua non, exigitur, ſine eius adhibitione legitima nil fieri; vnde erat, quod populus Rom. pacem a Manlio ni fallor cum Carthaginenſibus factam ratam habere nollet, ducemque illis vinctum traderet. VELLEI. *l.* 2. Nam *iniuſſu populi nego*, inquit POSTHVM. apud LIVIVM, *quicquam ſanciri poſſe, quod populum teneat.* Attamen et hoc argumentum praeter rem hic fuiſſe adductum, palam eſt. Quamuis enim Parlamentum, quo totus Galliarum populus tum repraeſentabatur, expreſſe in hanc Regis pacificationem non conſenſiſſet, permittendo tamen, vt armis invaderet Caeſarem, tacite etiam probaſſe dicendum erit, vt, ſorte ita iubente, pacem qualemcunque, metu licet adactus, faceret. Quem tacitum conſenſum ex eo quoque elici poſſe, arbitror, quod Galli, non ignari, Madriti quid ageretur, proteſtatione ſua illam non impedire tentarint, quod

Digitized by Google

quod facere illis conueniſſet, ſi Regis tanquam ciuiliter mortui actibus noluiſſent obligari, iuxta illud, *qui tacet, conſentire videtur*. Accedit, quod maxime ad elidendum hoc argumentum facit, Franciſcum accepta ſacra Euchariſtia iurato promiſiſſe. *ſc*, *ſi ratihabitionem pactorum a regni ordinibus impetrare non poſſet, in Caroli poteſtatem, vbicunque terrarum eſſet, rediturum.* conf. qui pacificationis conditiones exhibent, HEVTERVS *rer. Auſtr.* *l.* 9. *c.* 4. SLEIDANVS *lib.* 6. *p.* 146. BELICAR. *l.* 18. *p.* 569. GVICCIARD. *l.* 16. *p.* 610. THVAN. *l.* 1. *p.* 17. add. *hiſt. captiuitatis Franciſci I.* haud ita pridem edita autoribus PRVDENT. DE SANDOVAL et LVD. DE CABRERA ex Hiſp. Lat. translata, Mediol. 1715. 8. *lib.* 3. §. 4. VARILLAS *Hiſt. de François I. T.* 2. At vero, reſpondet BACHOV. *l. c.* et hoc fortaſſe ſapit iniquitatem, magnos principes perpetuo carceri mancipare, inprimis inter Chriſtianos Principes. Sed non video, cur id non aeque Chriſtianis liceret principibus ac gentilibus, cum, vti iam monui, bella ipſis neutiquam ſint prohibita, ac per conſequens nec eorum effectus, cuſtodia licet longiſſima, dummodo ea intentatur pacis reductio. Alii dicunt, praecedere *iuramentum Rhemis* a rege in vnctione praeſtitum, *ne quid de regno alienaret*, ideoque illud poſteriori iuramento tollere eum non potuiſſe. Sed reſpondeo, hoc iuramentum illum non prohibebat, redire in carcerem, quod Carolo promiſerat.

§. XX. Denique neutiquam toleranda videtur iſta Franciſci philoſophia, qua, datis obſidibus, a promiſſa fide ſe liberatum exiſtimabat, hoc argumentum contra GRANVELLAM legatum Caeſareum vrgens. Nam quotusquisque neſcit, illos pariter, vt fideiuſſores ac pignora in maiorem pactis accedere ſecuritatem, illa autem nequaquam tollere. Quomodo enim acceſſorium principalem euertere obliga- *Ratio* (5) *Reſp.*

tionem

tionem poteſt? vid. DD. fuſius ad *tit. de fidei.* itemque de *pignor.* Vt merito mirer, magnum alias virum, BODINVM, et hoc vrgere argumentum non dubitaſſe. Caeterum non nego, tutius multo feciſſe Carolum, ſi ante FRANCISCVM non liberaſſet, quam a Parlamento ſibi promiſſa ſubſcribi paſſus fuiſſet. At, qui Caeſar, fidei ſemper obſeruantiſſimus, tantas fraudes vel coniectura percipere poterat? inprimis, cum *iterata promiſſione* priorem, Madritio iam profectus, ad crucem in via obuiam corroboraſſet, Carolumque eo ſecuriorem reddidiſſet. Notabilis hac de re eſt narratio ALPH. VLLOAE, ſcriptoris Hiſpani *in vita Caroli V. l.* 2. *f.* 71. cuius verba apponere lubet, ex WERLHOFIO, qui ea exhibet in *cit. diſſ. de pactis liber. gent.* §. 25. *Riſpoſe il Re Franceſco, che egli haueua fermiſſima voluntà di conſeruar inuiolabilmente quella pace, et amicitia tra loro facta, et che attenderebbe realmente aquel che haueua promeſſo in Madrid ſenza alcun fallo, et coſi il giurò dauanti vn croce, che trouarono per la via. Et all' hora Imperador e replicando diſſe; Il medeſimo vi prometto et giuro io, deſſerui buon fratello et amico et d' attenderui, a quante per mia parte vi é ſtato promeſſo; Et dall' altro canto vi dico, ch'io vi riputarò buomo vile et indegno Principe, ſe non m'attenderete a quelche m'hauete promeſſo. Et con queſto abbracciandoſi ſtrettiſſamente, tolſero comitato l' un dall' altro.* Add. *biſt. captiuit. lib.* 3. *pag.* 178. Dubium itaque non eſt, quin, ſi vel maxime hanc cautionem adhibuiſſet Caeſar, FRANCISCVS tamen aliis ſub praetextibus fidem frangere quaeſiuiſſet. Ex omnibus enim circumſtantiis clare apparet, eum data opera CAROLVM fallere voluiſſe. Sic namque priusquam ſubſcriberet propoſitis conditionibus, coram Notario et teſtibus clanculum *proteſtatus* eſt, ſe, quicquid agat, nonniſi coactum agere, ideoque nullius fore effectus. vid. iſtam proteſtationem

Franciſci iterata promiſſio Madritio iam profecti.

Propoſitum eius fallendi Caeſarem.

nem in *recueil des traittés de Paix T. 2. p.* 107. ibique *praetul.* Vt tamen haberet, quod diceret rex, has rationes a SELVA, ſupremae Gallorum curiae Praeſide, communicatas, adducere ipſi placuit, quarum ipſos cordatiores Gallos pudet. Grauiter BODINVS *de Rep. l. c. p.*931. *Miror ego*, inquit, *non erubiſſe Principem tanti Senatus, quo nullus toto terrarum orbe eſt illuſtrior, non modo iuris fecialis imperitum hominem teſtem laudare* (adduxerat quippe SELVA zabarellam cardinal. in conſiliis ſuis in genere fatentem, ratum non haberi, quod in eo genere vi metuque foret geſtum) *ſed etiam eius tam ineptis argumentis ſe munire.* Cautius egiſſet Carolus, ſi, conſilium GATTINARAE Cancellarii ſecutus, prius promiſſa praeſtari ſibi curaſſet, quam regem dimiſiſſet; quo ipſo fraudibus eius praeuenire potuiſſet. IOVIVS *in vita Ferdinandi Daualae l. 7. p.* 882. HEVTER. *lib.* 9. *c.* 5. Prudentius namque ſemper eſt adſtringere debitorem ad praeſtandum in poteſtate noſtra adhuc conſtitutum, quam in dimiſſi liberalitate confidere velle. Rara quippe fides eſt inter homines, vbi cogi ea nequit. Conf. circa hoc argumentum GOLDAST. *in ſtat. ac reſc. imp. T.* 1. *p.* 104. vbi in vtramque partem argumenta pro et contra hanc conuentionem Madritianam proſequitur. add. HOTTOM. *quaeſt. illuſtr.* 7. STRAVCH. *diſſ. exot.* 1. §. 11.

§. XXI. Aliud exemplum Principis, pactis in carcere initis obligari ſe poſſe negantis, exceptionemque metus iniuſti obuertentis praebet IOHANNES Cypri rex; hic enim a Genuenſibus captus, datoque obſide filio, liberatus, omnia poſtea non dubitauit reuocare. vid. BODIN. *l. c.* Mirum autem eſt Pontificem quoque, eiusque ſacros ſatellites, ſingularem vitae ſanctitatem morumque integritatem prae aliis affectantes, non dubitaſſe, pacta eiusmodi irrita pronunciare, ſicque exceptioni noſtrae locum etiam in ſtatu *Exemplum pacifragi Iohannis reg. Cypr.*

nat. concedere. Sed fecerunt id tunc maxime, cum vel propria ageretur res, ſicque quod omnem contra rationem eſt, ſimul rei ac iudices exiſtebant: vel quandoque amicorum. Nouum quippe non eſt, apud Sanctos hos viros caſum dari pro amico. Ne autem fruſtra haec dixiſſe videar, agedum exemplo vno vel altero fidem dictorum corroborabo. Profecto, ſi quod eſt, quod attentionem quandam mereatur, inque admirationem rapere animos, praeiudiciis

Paſchalis II. vacuos, poſſit, illud eſt PASCHALIS II. Conſtat inter omnes, Praeſules Romanos, ad dilatandam poteſtatem ſuam omnem mouentes lapidem, in aliis eo maxime contendiſſe, vt Imperatoribus confirmandi epiſcopos Germaniae Italiaeque ius extorquerent. Quantae hac de re Imperatoribus ante HENRICVM V. cum iis non intercеſſerunt controuerſiae? quas huc recenſere prolixum foret. conf. ſcriptores *c. ſq.* §. 14. citandos. Examinemus in praeſenti modo memorati PASCHALIS exemplum. Hic laceſſito diu ob eandem cauſam HENRICO V. (vid. PETR. DIAC. *lib.* 4. *c.* 33. *et* 35. MEIBOM. in egregia diſſ. *de iure inueſtiturae epiſcop. Imperat. a Pontificibus per vim adenta)* ab eo coronae accipiendae gratia in Italiam cum exercitu profecto, Romae in tumultu, quem diſſidia inueſtiturae excitarant, anno 1111, capitur vna cum Patribus purpuratis et reliquis amicis, PETR. DIAC. *c.* 39. VITERBIENS. SIGB. GEMBLAC. VRSPERGENSIS *ad d. A.* conuentioneque facta, quicquid petiit Caeſar, promiſit. vid. OTTO FRISING. *l.* 7. *c.* 14. qui tamen valde huic facto Caeſaris iraſcitur. ALBERIC. *ad d. A.* 1111. vbi pacificationem Papae exhibet, et ex eo GOLDAST. *Tom. vno p.* 255. Vix tamen imperatore cum copiis domum reuerſo, omnia reuocare ſub *obtentu metus iniuſti* Papa coepit. Quis tantas fraudes, inter gentes ne quidem auditas, in homine, Chriſti vicarium qui ſe profitetur, vnquam cogitaſſet? Vix ſine ſtupore quis legere poteſt, pacifica-

Digitized by Google

cificationem iſtam ſacra coena confirmatam nihilominus rumpere non dubitaſſe hunc ſanctum virum, inprimis, ſi perpendas verba in actu confractionis diuiſae inter ſe et Imp. hoſtiae emiſſa: *Sicut pars iſta*, inquit, *viuifici corporis diuiſa eſt, ita diuiſus ſit a regno Chriſti ac Dei, quicumque pactum iſtud dirumpere tentauerit.* PETR. DIAC. *l.* 4. *c.* 40. aut, quemadmodum SIGB. GEMBLACENSIS tradit: *Domine Imperator, hoc corpus Domini, natum ex Maria virgine, paſſum in cruce pro nobis damus tibi in confirmationem verae pacis inter me et Te.* O inſignem, o nefandam perfidiam! Quis crederet, tantum ſcelus a toto concilio, quod ideo in Laterano 1112. conuocabat Pontifex, potuiſſe approbari? vbi ad vnum omnes pacta haecce ceu metu extorta, irrita, pronunciare non erubuerunt. Vnicum quod deliberantes haeſitare paulisper faciebat, erat, quod promiſſis iuramentum acceſſiſſet. Sed et hoc dubium tandem remouit GERHARDVS epiſcopus Engoliſmenſis, pactum, quo HENRICO inueſtitura epiſcoporum ſuorum a Papa erat conceſſum, propter metum pro irrito eſſe declarandum exiſtimans, ob additum tamen iuramentum Pontificis, Imperatorem excommunicatione non eſſe proſequendum. Hoc namque ſimul promiſerat Papa, ne ob hanc inueſtiturae conceſſionem in Imperatorem fulmen excommunicationis vibraret. PETR. DIAC. *lib.* 4. *c.* 40. aliique ſupra citati. Sed et hic fidem fefellit Papa, excommunicando eum non ſolum in hoc, ſed et in ſequenti concilio eod. A. Viennae habito, cuius decretum exhibet PITHOEVS in *obſeruat. ad Iuonis epiſtolas p.* 758. itemque *A.* 1116. in concil. Lateran. vid. VRSBERG. *ad d. A.* Conf. LABBEI *Bibl. T.* 2. *p.* 249. *c.* 35. qui multa ad hoc Papae pacifragium affert lectu digna. Quam autem iniquum iſtud fuerit, et quam friuole *metus iniuſti* praetextu circa illud vſus ſit Pontifex eiusque commilitones, diiudicare vel illi

A concilio in Laterano habita approbatum.

Cuius pacifragii iniquitas oſtenditur.

Digitized by Google

illi valent, qui hiſtoriam vel primis, quod dicunt, labiis deguſtarunt. Qua enim ratione iniuſtitiae argui poterat Caeſaris factum? cum ille eo nihil peteret aliud, niſi vt papa inpoſterum abſtineret a praetenſione iuris, quod nunquam habuerat; ſed a Carolo M. vsque ad Henrici IV. tempora ab Imperatore fuerat exercitum, licet aſtutia ac fraudibus Pontifices non ſemel id illis eripere tentaſſent. vid. GEMBLAC. *ad A.* IIII. et fuſius MEIBOM. *cit. diſſ.* add. CONRING. *D. de conſtit. episcoporum Germ.* ZIEGLER. *ad Lancell. diſſ. praelim.* §. 31. nec non REV. RECHENB. in erudita D. *de Totatu Hildebrandino* §. 23. *et mult. ſqq.*

Exempla aliorum Pontificum iisdem imbutorum principiis. §. XXII. Quodſi ad Anteceſſores PASCHALIS noſtri oculos reflectamus, et inter eos deprehendimus, qui iisdem imbuti principiis metu inter gentes liberas geſta irrita declararunt, fidemque hac ratione non ſemel fefellerunt. Notum namque eſt, Imp. ARNVLPHVM A. 896. a FORMOSO Papa, qui grauem a ciuibus perſecutionem patiebatur, in Italiam vocatum; vbi, expugnata Roma, a Pontifice coronam Imp. accepit. ANNAL. FVLD. SIGB. GEMBLAC. *add. A.* add. OTTO FRISING. *lib.* 6. *c.* 12. Hanc

Stephani VI. tamen coronationem dein eius ſucceſſor STEPHANVS VI. Pont. tanquam metu a Formoſo extortam declarauit irritam, teſte SIGON. *lib.* 6. *de Regn. Ital. ad A.* 896. *Neque vero,* inquit, *hac iniuria contentus Stephanus fuit, quia etiam omnia Formoſi Pontificis acta reſcidit, atque imprimis eos, qui initiati ab eo fuerant, exautorauit, atque Arnulphum Regem, quem Formoſus metu conſecrarat, Imperatorem vitio factum eſſe pronuntiauit.* conf. etiam BOECLER.

Iohannis IX. *hiſt. ſec. IX. p.* 202. Idem quoque fecit IOHANNES IX. eamque publico decreto abrogauit, exhibito apud LABBEVM *in coll. concil. T. IX. n.* 6. Ex eaque cauſſa, quod [illegible] per ſurreptionem extorta fuerat ARNVLPHI coronatio, eum ex numero Impp. excludit BARON. *ad A.* 888. §. 3.

§. XXIII.

Digitized by Google

§. XXIII. Et hic conſtans fuit mos aulae Rom. Hinc toties ab omnibus ferme Pontificibus datam fidem deprehendes ruptam, adeo vt in eorum promiſſis nunquam tuto confidere licuerit. Id quod pluribus exemplis egregie comprobat VLR. AB HVTTEN *in iudicio, quomodo quoque tempore Pontifices Rom. erga Imperatores Germanos ſeſe geſſerint ex chronicis et hiſtoricis excerpto*; vbi in aliis refert, quod cum Pontifices omnis generis fallaciis ac aſtutiis MAXIMILIANVM I. circumuenire ſtatuerint, fidemque nunquam ſeruauerint, nec iuramentis nec promiſſis ſteterint, ac tandem LEO Papa, vt caeteri antea fidem ipſi violaſſet, haecce is moribundus protulerit verba: *Eia dicere poſſum, quod nullus Papa vnquam, quoad vixi, fidem ac promiſſa mihi ſeruauerit.* Non autem in propria tantum cauſſa exceptione *metus iniuſti* ad elidenda pacta vti amarunt Praeſules Rom. ſed et aliis Principibus ex eodem capite autores exſtiterunt, vt pactiones ſuas fallerent; quin imo a iuramentis, quibus ea corroborarunt, lubentes abſoluerint. Tam propria eſt iſta doctrina ſedi Apoſtolicae. Cuius rei veritas clare patebit, cui inſpicere lubet literas INNOCENTII III. hominis calidiſſimi ad HERMANNVM Thuringiae Landgrauium A. 1200. datas. Scil. duo illa tempeſtate poſt HENRICI VI. obitum in Imperio exiſtebant Caeſares, PHILIPPVS Sueuus et OTTO IV. Brunſuicenſis, quorum vterque ſuas inueniebat partes. Sorte itaque ferente, vt Hermannus per Philippi copias ad defectionem ab Ottone adigeretur, Papa eum promiſſis Philippi tanquam metu extortis non poſſe obſtringi, hisce intimat verbis: *quia, inquit, liberae voluntatis arbitrium, quanto violentius quis flectere nititur, tanto amplius impuritate ſui propoſiti confirmatur, non credimus quod violentia Ducis Sueuiae tuam mutauerit voluntatem et animum variauerit; licet coactus fuerit militare; cum ergo neceſſitate ceſſante, ceſſare etiam*

Innocentii III.

Digitized by Google

ſoleat neceſſitatis effectus, monemus nobilitatem tuam, et exhortamur attentius, et per apoſtolica tibi ſcripta mandamus, quatenus, cum tempus acceperis, ad cariſſimi in Chriſto filii noſtri, illuſtris Regis Ottonis in Rom. Electi Imperatorem fidelitatis obſequium ſine dilatione qualibet reuertaris. vid. inter eius epiſtolas *ep.* 122. Idem facit in *ep.* 27. ad Moguntinum vt ipſum ad Pacifragium cum PHILIPPO inducat. In ſimili quoque cauſſa ad R. BOHEM. eum ſcriſiſſe conſtat apud Ill. DN. GVNDLING. cit. diſſ. *de efficient. metus etc. c.* 2. §. 27. vbi eas exhibet.

Clementis VII. §. XXIV. Sic quoque CLEMENS VII. FRANCISCI I. rupturam cum CAROLO V. publice approbauit, abſoluendo eum a iuramento, quo fidem ſuam CAROLO obſtrinxerat, vid. BELCAR. *lib.* 18. quamobrem CAROLVS eum increpat in literis apud SLEIDAN. *l.* 6. *p.* 153. *Nam et Galliae,* inquit, *Rex profitetur palam, quod abs te ſollicitatus, antequam ex Hiſpaniis domum rediret, nouum foedus inierit, et indicio cognoui, te ſoluiſſe illum a iuriſiurandi vinculo, quo mihi tenetur.* Nec ſine admiratione

Pauli IV. legi poteſt, quod de PAVLO IV. conſignatum inuenimus apud BELCARIVM *lib.* 27. *p.* 881. *ſeqq.* itemque in *Giorn. de letterati d'Italia T.* 24. *art.* 3. *p.* 82. ex quibus diſerte patet, illum ex eodem principio PHILIPPVM Hiſpanorum et HENRICVM II. Gallorum R. inuicem commiſiſſe. Cum enim Gallum ad bellum non adeo pronum intelligeret, hacce admonitione ad id excitare non dubitabat, ſcribendo, *ſe parentem chriſtianorum omnium in quibusuis eorum pactis excipi, ac penes ſe ſupremam reſidere autoritatem foedera Regum maioris mali impreſſione facta diſſoluendi.* Egregia ſane admonitio, Chriſtique vicario digniſſima! At magis mirandum, tam faciles eſſe Principum animos ad habendam fidem eiusmodi Papae dicteriis. Verum enim vero, vt eſt mortalium natura, cerea flecti in id, ex quo commodum

Digitized by Google

modum ſperare licet. Id quod inprimis videre licet in Principibus, ſupra LL. humanas qui ſunt. Apud multos namque, teſte quotidiana experientia, religio non vltra quam vtilitas eorum ſe extendit. Hac de re egregia ac vero vbique reſpondens eſt BAELII obſeruatio in *Diction. voc. Ageſilaus in not. lit.* (g) lectu non iniucunda, cum quo apprime conuenit diſcurſus Papae CLEMENTIS IX. apud OSSATVM Card. *in l.* 3. *ep.* 87. *p.* 371. Notum praeterea eſt *c.* 29. *X. de iureiurando*, vbi Pontif. INNOCENTII III. cuius paulo ante memini, mens ſatis fuit expreſſa. Quod *cap.* Cardin. LAVRENT. BRANCATVS DE LAVREA *in Epitome canon. tit. iuram. quando tenet*, tam laxe accipit, vt non tantum liberas gentes ad ea, quae metu iniuſto aliis ademerunt, reſtituenda putet obſtrictas, verum etiam tales pactiones a Pontif. vult ſoluendas. vid. WERLHOF. *de pact. lib. gent.* §. 27. vbi fuſe iſta refutat. Caueamus itaque, ne talia admittamus principia; nulla quippe hoc modo ſtabilis maneret pacificatio, et re vera ſtatus naturalis fieret ſtatus belli.

§. XXV. Recte itaque inter ipſos Pontificios nonnulli hoc agnoſcentes, doctrinam hanc, quae Principibus ſub praetextu *metus iniuſti* a pactis ſuis reſilire permittit, bonis moribus rectaeque rationi repugnare, ingenue faſſi ſunt. Inter hos inprimis laudandi BALTH. AYALA *de I. B. l.* 1. *c.* 6. *n.* 3. COVARR. *P.* 2. *de matrim. c.* 3. §. 4. *n.* 21. SAAVEDRA *l.* ſupra §. 11. *cit.* FRANC. HOTTOM. *quaeſt. illuſtr.* 7. BODINVS *de rep. l.* 5. *p.* 929. grauiter cenſens contra ſentientes quam plurimos iuris Rom. Interpretes, qui nec iura fecialia, nec verae iuſtitiae diſciplinam, nec vllam antiquitatis Romanorum, quorum LL. interpretantur, memoriam teneant. Meretur quoque huc referri egregium iudicium apud WICQVEFORTIVM *de l'ambaſſad. l.* 1. *p.* 62. *et p.* 282. de ſcripto quodam Bruxellae in lucem emiſſo, latum, quo pacis Hiſpano-Luſitanicae tanquam vi *Qualis tamen doctrina ab ipſis Pontificiis fuit reiecta.*

ac

Digitized by Google

ac neceſſitate expreſſae autoritas oppugnabatur. Laudem itaque apud omnes recte ſentientes inuenit IO. VALESIVS, Gall. R. quod conſcientiae ſuae melius ac FRANCISCVS et alii hac in parte conſulere voluerit. Nam cum pariter in cuſtodia, quo eum detinebat EDVARDVS III. Anglorum R. iuxta praeſcriptum victoris promittere cogeretur, datam fidem quam exactiſſime ſeruandam ſibi duxit. Ab hoc propoſito nec alienum eum reddere valebant tam blandi nonnullorum ſermones, metus exceptionem ipſi ſuadentes, quas ſyrenum cantilenas obtuſis auribus tuto praeternauigabat, teſte FROISSARDO c. 173. *ſeq. i. cap.* 214. *ſeq.* Hoc ipſo ſane oſtendebat laudatiſſimus Princeps, ſe, quod frequenter in ore habebat, corde quoque geſtare illud, *quod licet fides promiſſorum in toto exſpiraſſet orbe, illam tamen in Principis ore ſemper inuiolatam manere debere, vt vt is ad eam ſeruandam cogi nequiret.* Et ſane res aliter eſſe nequit. Alioqui enim omnes pacificationes forent inanes, et quacunque occaſione rumpi poſſent, quemadmodum fuſius ſupra §. 12. fuit demonſtratum. Ipſi ethnici neceſſitatem huius rei agnouerunt, indeque fidei fuerunt quam obſeruantiſſimi. Hinc laudat CIC. *l.* 3. *off.* Pomponium Tribunum, *qui ſeruauit, quod terrore coactus promiſerat.* Et quem fugit illud heroicum REGVLI factum, qui dimiſſus a Carthaginenſibus e cuſtodia, qua iure belli detinebatur, quemadmodum promiſerat, rediit in carcerem, licet ſciret quod ſibi barbarus tortor pararet teſte HORATIO. vid. SENEC. *de Tranqu.* 15. GELL. *noct. att. lib.* 6. *cap.* 4. CIC. *l.* 1. *off.* 13. *et l.* 3. *c.* 26. FLORVS 22. add. SEXT. AVR. VICTOR *de viris illuſtr.* Pariter conſtat, ex CIC. *l.* 3. *off. cap.* 32. et GELL. 7. *cap.* 8. *de decem Romanis* itidem bello a Carthaginenſibus captis, qui dum promiſſa efficere non poſſent apud Romanos, propter fidem datam redierunt in carcerem, nec vnquam de metus exceptione quid apud eos fuit auditum.

it. a Io. Valeſio Galliae Rege.

Nec apud Ethnicos ea locum habuit.

CAP.

Digitized by Google

CAP. V.

DE EXCEPTIONE METVS INIVSTI EX IVRE PVBLICO ROM. GERMANICO.

ARGVMENTVM.

I. II. III. Inter diffidationes locus fuit exceptioni metus. IV. Diffidationum ratio. V. Imperatorum conſtitutiones adverſus illas. VI. Earum facta ulteriora. VII. Exempla Sickingii. VIII. Et Grumbachii. IX. In bello iuſto ceſſat haec exceptio. Foedus et bellum Schmalcaldicum. X. Eius iuſtitia. XI. Adverſus pacem religioſam nullus locus exceptioni metus. XII. Temeraria obiectio, quaſi cum hereticis ſit inita, XIII. vel quod adverſus eam pontificia proteſtatio interpoſita ſit. XIV. Origines belli tricennalis. XV. Ius Statuum imp. in defenſione iurium. Pax Weſtphalica. XVI. Inanes proteſtationes adverſus eandem. XVII. Eius impugnationes priuatis interdictae.

§. I.

Iacto itaque in praec. cap. fundamento doctrinae exceptionis *metus iniuſti* in ſtatu naturali, facilis nunc patet tranſitus ad *ius publicum Rom. Germanicum.* Cum enim in doctrina a nobis propoſita inſignem praebeat vſum, operae omnino pretium erit, ſpeciali illud exponere capite, eoque coronidem diſſertationi huic imponere. *Tranſitus ad hoc cap.*

§. II. Qui hiſtoriam Imperii Rom. Germanici contemplantur, facile intelligunt, plurimam temporis partem bellis inter gentem hanc fuiſſe peractam. Fuit enim aliquando ea Germaniae facies, qua Principes ac ſtatus *ſpreto* penitus *iure ac iudiciorum ordine*, propriis viribus ſibi iura dicebant, et mutuis ſe bellis petebant. Aliquando eo res deue- *Status Imp. quandoque ſine Iudice ius ſibi dixerunt.*

quandoque iure deſtituti id facere co-acti ſunt. priori caſu exceptio me-tus competiit. non item po-ſteriori.

deueniebat, vt, *deficiente iure ac ſuperiori*, in ſtatum quaſi naturalem eos recidiſſe dicendum videatur. Ad *priorem* iſtum caſum quod attinet, nemo facile inficias ibit, ſi cui hac via quid ereptum, id tanquam contra ius geſtum repeti potuiſſe, aut ſi pactum quoddam extortum, contra id exceptioni *metus iniuſti* locum fuiſſe concedendum. In *poſteriori* vero caſu huc applicanda exiſtimarem, quae in *cap. praec.* de illis, qui in *ſtatu libertatis* viuunt, fuerunt tradita.

Ad priorem caſum perti-nent diffida-tiones.

§. III. Ad *priorem* caſum referas illud tempus, quo *diffidationes* ſiue priuata illa bella vigebant, quae per ſecula Germaniam noſtram tantum non deuaſtabant, ac veluti hoſtibus vbique obſeſſam reddebant. Si itaque his extortae fuerint pactiones, illas iuſte ſatis per *exceptionem metus* elidi potuiſſe, diiudicatu facile erit, qui naturam earum penitius cognouerit.

In Germania circa inter-regni tempus frequentes.

§. IV. Scilicet peſſimus ille in Germania mos inualuerat, auctus inprimis tempore *interregni*, (vid. BIGNON *in not. ad Marculphi form.* MEIBOM. *not. in Herlingsbergam*) vt, ſi quod ius ſibi alium debere exiſtimarent ſtatus Imp. id non, vti in bene conſtitutis fieri Rebusp. ſolet, penes legitimum amplius quaerere iudicem, legibusque et iure terminari ſuas controuerſias amarent, ſed quisque *proprio marte* ſuisque manibus ſibi ius dicere inciperet.

variae earum denomina-tiones.

Vnde nomen *iuris manuarii*, vulgo *das Fauſt- oder Kolben-Recht.* Communius priuata iſtaec bella nomine veniebant der *Befehdungen* ſiue *Fehden*, item *Vechden*, vid. DATTIVS, vir in rebus Germanicis verſatiſſimus, in incomparabili opere *de Pace publica l.* 1. *c.* 1. *n.* 7. ab antiqua voce *Faida* ſeu *Feida*, quae proprie *inimicitiam*, eamque capitalem ac profeſſam, denotabat. conf. du FRESNE in *Gloſſar.* voce *Faida*, eiusque *diſſ. ad Ioinuillum de priuatis bellis.* RHENANVS *lib.* 2. *rer. Germ. p.* 95. Hinc locutiones

Digitized by Google

cutiones *faidam ponere*, *in cap.* CAROLI CALVI *tit.* 14. *n.* 4. *faidam portare alicui* in LL. Longobardicis aliaeque. conf. SIRMOND *in not. ad capitul.* du FRESNE *ll. cc.* vbi ſtudioſe eas ex antiquis Germ. LL. collegit. Saepius quoque vocabulo *Vrlog* inſignita ea fuiſſe, quod alias plerumque *bellum publicum* ſignificat, hodieque hac ſignificatione apud Batauos adhuc in vſu eſt, conſtat ex actis publicis apud DATT. *l. c. n.* 8. *ſeqq.* item *Abſagung.* Erant illa, vti ex iam dictis facile conſtat, nil aliud, quam *denunciationes animi hoſtilis in Germania maxime vſitatae,* (*) *quibus quis, ſuperiore neglecto, per literas, ſigna,* Definitio. *aliaque facta, alicui extremam vitae, ſanguinis aut bonorum perſecutionem ſignificabat, iſtasque minas actu exequendo publicam tranquillitatem turbabat.* vid. CLASSEN *ad art.* 129. *conſtit. crim.* THEODOR. *crim. c.* 6. *aph.* 11. CARPZ. *Pr. crim. q.* 37. *n.* 16. BOCER in abſolutiſſimo tr. de *Diſſidationibus c.* 1. Committebant hoc crimen non ſolum ciues Imp. *immediati*, ſed et *mediati*, interque hos *vilioris* quandoque conditionis homines, vti patet ex literis diffidatoriis *piſtorum* Ludouici Comitis Palat. apud DATT. *l.* 1. *c.* 15. *n.* 40. Eratque illud adeo frequens, vt tum temporis in prouerbium abiiſſet:

Ruten, roven dat en is ghein Schande,
Dat doynt die beſten von dem Lande.

Teſte LEIBNIZIO *T. III. rer. Brunſw. p.* 646. et in *praef. ad T.* 3. *n.* 45. conf. et CASP. a LERCH. in *Diſc. de ord. equeſtr. germ. in* 2. *fundam. n.* 94. *f.* 141. Quo ipſo

Pp ppp 2

(*) Nam quos apud *Arabes* huius generis actus legas, SCOPELISMI nomine veniebant, de quo ſingularis extat Diſſ. IOH. GOTTFR. BARONIS ſub MICH. RHODII praeſidio Frf. ad viadr. 1705. edita, vbi §. 7. GEORG. THEBESII et ZIERIZII de eodem argum. Diſſertationes citat.

ipſo turbulentiſſimus in Germaniam introducebatur ſtatus, ac vbique adeo dubia ſecuritas, vt nonniſi inſigni ſtipatis comitatu (veluti die Carauanen in terris quibusdam orientalibus) iter facere liceret. CASP. A LERCH. *l. c. f.* 106.

Formulae literar. diffidationum. Fiebant iſtae denunciationes per ſolennes *literas* diffidatorias, quarum *formulas* qui legere auet, adeat LEHMANNVM *in Chron. Spir. l.* 7. *c.* 86. 89. 100. 101. 103. DATT. *l. c. n.* 14--18. MVLLER im *Reichs-Tags-Theatr. unter Frid. III. c.* 7. §. 13. *ad* 17. *Speculum bonoris auſtr.* FVGGERIANVM *l.* 5. 15. CASP. A LERCH. *l. c.* BARONEM *in cit. diſſ. p.* 32. GROSSERI *Lauſitziſche Merckwürdigk. P.* 3. *p.* 13. Exempli loco ſubiungere lubet, quas WAGENSEIL in lib. *von Erziehung eines jungen Printzen p.* 123. exhibet miſſas a nobili quodam ad ciuitatem Spirenſem hoc tenore: *Wiſſet Burgermeiſter und Rath der Stadt Spire, das ich Winrich von Fiſchenich uwer Feind ſyn wil, um ſolche anſpruch, ſo ich an uch zu ſprechen han, und wil das mine Ehre gegen uch und den uwren bewahret han, mit dieſem minem ofnem briefe verſiegelt. Datum uf St. Laurentien-Tag. Ao. Domini* 1430. Modum ac ritus, quibus literae iſtae mitti ac inimicitiae in illis intimari ſolebant, egregie deſcribit DATT. *l. c. n.* 23. *ſqq.*

Imperatorum conſtitutiones aduerſus illas. §. V. Hoc autem malum Remp. Germanicam mirum in modum affligens, vt e medio tollerent Imperatores, omnem mouerunt lapidem, emiſſis tot conſtitutionibus prohibitiuis. Et iam Carolingicos de illo coërcendo fuiſſe ſollicitos, intelligere eſt ex eorum capitularibus paſſim. conf. *cap. Ludouici I. de A.* 8. 9. *cap.* 140. 141. *addit.* 3. *LL. Longob. tit.* 37. DATT. *l. c. c.* 1. *n.* 13. *ad* 18. Carolingicorum exempla, creſcente indies, maxime ſub Saxonum regimine, iure manuario, (cuius rei cauſſas exponit

DATT.

Digitized by Google

DATT. *l. c. c.* 3. *n.* 24. *ſqq.* MEIBOM. *l. c.*) ſecuti ſunt eorum ſucceſſores. *Henricum III.* et *Conradum II.* peculiares de illo abrogando tuliſſe conſtitutiones, patet ex GOLD. *T.* 3. *Conſt. Imp. f.* 312. (*) *Henrici III.* conſtitutionem *de A.* 1044. *in comit. Conſtant.* latam memorat ABBAS VRSPERG. add. CRVSIVS *in Annal. Sueu. l.* 6. *P.* 2. *c.* 8. *f.* 192. Falſo itaque nonnulli primum LLationis de pace publica autorem faciunt *Fridericum I.* vid. BIGNON. ad *Marculphi form. p.* 879. *ed. Baluz.* CVIACIVS *de feudis l.* 5. Inclaruit autem hic caeſar non vna eiusmodi conſtitutione; quarum alia extat 2. *F.* 25. conf. RADEVIC. *de reb. geſtis Friderici*, cui ſucceſſit alia 2. *F.* 53. qua Italiae pacem procurare voluit. vid. GVNTHER *in Ligurin. l.* 8. Maxime vero notatu digna eſt, quam idem promulgauit in comit. Noriberg. A. 1187. teſte ABBATE VRSPERG. Minime vero huc ſpectare HENRICI IV. conſtit. de *reformanda pace Imp. et Eccleſ.* apud GOLD. *T.* 3. *f.* 316. nec non HENRICI V. apud eundem *f.* 319. patet ex illarum inſpectione. conf. DATT. *l. c. n.* 48. Poſt FRIDERICVM I. nouam pro tollendis diffidamentis conſtitutionem tulit PHILIPPVS Imp. 1201. exhibitam a GOLDAST. *l. c. f.* 367. MVLLER *l. c. p.* 90. quam mox excepit alia OTTONIS IV. teſte GOTTFRIDO Monacho Colonienſi ad A. 1208. aliisque apud DATT. *c.* 4. *n.* 3. *ſeqq.* nondum typis exſcripta. De FRIDERICI II. conſtitutione a. 1236. emiſſa apud GOLDAST.

(*) Vocantur eiusmodi conſtitutiones κατ' ἐξοχὴν *de Pace publica* germ. *Landfrieden.* Pro quo etiam *Treugam* barbaram vocem inuenimus in quibusdam ſeculi XIV. monumentis. Sic apud KYRIANDRVM *in annal. Treuir. P.* 17. *f.* 246. legitur: *Treugis, quae Landfrieden nominantur, de nouo prorogatis.* Item in iure can. *tit.* 34. *lib. I.* inſcribitur *de Treuga et Pace.*

Digitized by Google

DAST. *T.* 1. *f.* 80. id maxime notatu dignum occurrit, quod prima ſit, lingua Teutonica quae comparuit, teſte CONRING. *de O. I. G. cap.* 27. vide tamen Baro de LYNCKER in Diſſ. *de idiomate Imperiali.* De alia eiusdem Imperatoris conſtitutione de A. 1234. vid. autores apud du FRESNE *in Gloſſar.* VOC. *diffidatio.* Poſt Friderici obitum, increſcentibus, ſi vnquam, priuatis his bellis, occaſionem dante magno illo *interregno*, ad quod recte applicari poterat illud *Iud.* 21. *v. fin.* pro iis ſopiendis WILHELMVS HOLLANDVS, ad tempus imperator, A. 1255. peculiarem quoque tulit conſtitutionem, quam ex priuilegiis Rhenanae nobilitatis 1624. Moguntiae typis exſcriptis integrum exhibet DATT. *c.* 4. *n.* 20. *i. n. ſq.* vbi hiſtoriam huius conſtit. tradit. Hanc ſequebatur *Rudolphina* conſtitutio A. 1287. renouata Spirae A. 1291. et ADOLPHI *Naſſ.* de A. 1293. apud GOLDAST. *p.* 2. *der Reichs-Satz. p.* 165. add. LEHMANN. in CHRON. *Spir. l.* 5. *c.* 108. *i. c.* 119. IDEM *l.* 7. exhibet LVDOVICI *Bauari* conſtitutionem, de qua conf. etiam DATT. *c.* 5. *n.* 15. *ſq.* ALBERTI curas circa abroganda diffidamenta, vid. apud GOLDAST. *l. c. f.* 25. MVLLER. et *l. c. Caroli IV.* in *A. B. c.* 17. ibique LIMNAEVM. add. LEHMANN. *l.* 7. *c.* 47. *et* 52. qui quoque *c.* 63. WENCESLAI conſtitutionem de A. 1398. exhibet, de quo aliam de 1389. vid. apud DATT. qui etiam *c.* 26. *n.* 14. *et c.* 27. *de* ALBERTI II. conſtitut. in comit. Noriberg. 1438. lata fuſe agit. add. SCHILTER. *in iur. publ. T.* 2. *tit.* 19. *p.* 339. MVLLER. *l. c. p.* 1. *c.* 7. §. 9. GOLDAST. *l. c. f.* 144. *Friderici III.* curas haurire licet ex reformatione eiusdem A. 1442. in corp. receſſuum imp. exhibita quoque a GOLDAST. *in ſtat. et reſc. imp. p.* 203. MVLLER. *l. c. p.* 1. *c.* 7. itemque *inter* KVLPISII *documenta*, *p.* 129. conf. et DATT. *l.* 1. *c.* 28. vbi et de aliis huius imp. conſtitutionibus agit.

§. VI.

Digitized by Google

§. VI. Vides, quam ſolliciti imperatores vna cum ſtatibus fuerint, vt peſtilentiſſimum hoc Germaniae malum eradicarent, adeo vt ictis inter ſe foederibus poſt interregnum ſecuritati publicae conſulere, barbarumque iſtum morem e medio tollere tentarint. DATT. *l.* 1. *c.* 5. *ſqq.* Sed miraberis, qui factum, vt nihilominus illa obtineri nequierit, omnesque pactiones LLque inutiles manſerint. Qua de re conqueritur CRANTZ. *in metrop. l.* 4. *c.* 12. *Bella,* inquit, *quidem aperta non vsque quaque poſſint vel euitari vel prohiberi, ſed occulta per terras latrocinia quis prohibebit? Non patitur Italia; dedignatur Gallia cum Hiſpania; Turci non ſinunt inulta. Infelix Germania hoc genere malorum carere non poteſt. etc.* Praecipua huius rei cauſſa ſine dubio erat *defectus* aut *contemtus* iudiciorum, coram quibus iura ſua proſequi licebat ſtatibus. conf. CONRING. *de iudic. Germ.* Priſtina namque Germaniae iudicia, (inter quae praecipue duo illa ſuprema tribunalia Caeſarea ſeu palatia vulgo *die Kayſerliche hohe Reichs-Pfaltzen in Sachſen und Schwaben*) inſignibus laborabant morbis, nec ſufficiebant omnibus ciuium controuerſiis. Ad *iudicium* vero imperatoris *aulicum* lites deferre nimis videbatur moleſtum. Locus enim illius nusquam erat fixus, ſed nunc erat Ratisbonae, nunc Noribergae, nunc Viennae, aut in imperii ciuitatibus, in quibus Imperator ob negotia Imperii ſubſiſtebat, adeo vt inſtabilis Themidis ſedes eſſet. Conf. CONRING. l. c. DATT. *l.* 4. *c.* 1. Quamobrem non tantopere exprobrandum eſſe videri poſſet genti Germanicae hoc priuatae vindictae ſtudium, cum nihil certius ſit, quam, iudiciis ceſſantibus, vel quod idem eſt, male conſtitutis, nec ſufficientibus, bella inchoari, et res in eum deuolui ſtatum, qui eſt naturalis libertatis. GROT. *lib.* 2. *c.* 1. §. 2. et egregie DATT. *l.* 1. *c.* 3. *n.* 32. *ſqq.* Vnde quoque eſt, quod

quae tamen parum efficacine habebant.

cauſſa illius rei, defectus iudiciorum.

Digitized by Google

Vnde et certo modo tolerabantur priuata bella.

quod in memoratis poſt interregnum *de Pace publ.* conſtitutionibus non omnia bella priuata interdicerentur, ſed friuola ac iniuſta, ſiue vt *A. B.* loquitur. *c.* 17. *prohibemus vniuerſas ac ſingulas guerras litesque iniuſtas.* Huc maxime pertinebant, quas ſolennis indictio non praeceſſerat. HVGO *de ſtatu reip. germ. c.* 3. §. 8. LIMNAEVS *ad d. cap. A. B. Si* namque *diſſidatio praeceſſerat, bella iſthaec pro iure conſtituto habebantur.* IVO CARNVT. *ep.* 133. add. FRIDERICI I. conſtitutionem de A. 1187. ibi: *modo damnum alteri facere, aut laedere ipſum intendens, tribus ad minus ante diebus per certum nuncium ſuum eum diffiduciaret.* conf. etiam *cit. cap.* 17. *A. B.* ibi: *niſi diffidatio etc.* Haecque indictio tantum operabatur, vt effectus, alias ex bellis iure gentium ſolennibus fluentes, exinde ſequerentur. BESOLD. *de arte iureque belli c.* 5. *n.* 5. RVMELIN. *ad A. B. P.* 2. *D.* 6. §. 1. *et* 3. HEIGIVS *P.* 2. *quaeſt.* 32. *n.* 8. LEHMANN. *l. c. lib.* 7. *c.* 89. *I. c.* 112. Donec itaque non tolleretur cauſſa iſtorum Germaniae malorum, iuſtitiaque in meliorem redigeretur ſtatum, fieri nulla ratione poterat, vt priuata iſthaec ceſſarent bella. Viderant illum Germaniae morbum nonnulli Imperatores; quare non ſolum approbabant foedera iſta ſtatuum, ſed et alia remedia iuri dicundo inſeruientia quaerebant. DATT. *l.* 1. *c.* 27. *ſqq.* Sed fruſtraneus omnis erat labor. Tandem res ſucceſſit MAXIMILIANO I. cuius ſub regimine infinitis aliis Germania beata fuit bonis. Prima eius cura erat *reſtauratio iudiciorum*, quorum ſine flore certam ſperari pacem nunquam poſſe probe perſpiciebat. Quem in finem An. 1495. in Comit. Wormatienſibus condere coepit *iudicium camerale*, ad quod, qui imposterum a conſtatibus ſe laeſos crederent, confugere liceret, iureque, non amplius armis, reſtitutionem petere.

vsque ad Maximiliani I. tempora, qui per conſtit. de A. 1495. illas plane prohibuit.

Digitized by Google

petere. Quo facto, illa uniuerſalis perpetuoque valitura *de pace publ.* conſtitutio promulgabatur, quae hodie adhuc floret. vid. LANDFRIEDEN *de A.* 1495. *in corp. R. I.* Summam eius exhibet SCHWEDER. *in iur. publ. P. gen. c.* 3. §. 12. BLVM *Proc. cam. tit.* 29. *n.* 23. Latius de eo agit DATT. *l.* 3. *c.* 1. *l.* 4. *c.* 1. Sed cum nihil valeat ius in ciuitate, niſi ſint, qui iura regere poſſint, POMPON. *l.* 2. §. 13. *de O. I.* mox Anno 1500. laudatiſſimus hic Caeſar Spirae Regimentum Imp. ordinabat, (de quo vid. AD. RECHENBERG in pec. *diſſ.* Lipſ. habita *recuſa in lineis phil. mor. ad fin. et inter eius diſſert. hiſt. polit. T.* 2. *p.* 366.) et Imperium in 6. diuiſit circulos, vt ita ſententiae, a iudicio cam. latae, eo melius executioni dari poſſent. Quamuis autem prudentet haec conſtitutio eſſet lata, non tamen prorſus omnes ceſſabant diffidationes. WAGENSEIL l. c. *p.* 125. Mala namque non tam facile tolluntur quam introducuntur, legesque optimas hominum malitiae non ſemper ſufficere, experientia docet. Cauſſa certe, cur noua ſemper additamenta iſti conſtitutioni adiecta fuerint, vid. in *R. I. de A.* 1500. 1512. add. Landfrieden *d. A.* 1521. *R. I. de A.* 1522. 48. 51. *ord. crim. art.* 129. *R. I. de A.* 1555. 57. 59. 66. 76. et denique *R. I. de A.* 1598. Haecque omnia deinceps per *Pacem Weſtphal. art.* 17. §. 8. ſunt confirmata. Ibi: *nulli omnino ſtatuum Imperii liceat ius ſuum vi vel armis proſequi, ſed ſi quid controuerſiae iam exortum ſit, ſiue poſthac inciderit, vnusquisque iure experiatur, ſecus faciens, reus ſit fractae pacis.* add. *Capitulat. Caeſareas.*

Cui noua inſecutis comit. additamenta acceſſerunt.

§. VII. Cum itaque bella priuata poſt tot egregias conſtitutiones non ceſſarent, in aprico eſt, quae ita acquiſita fuerunt, ceu temerarie geſta, diiudicanda eſſe, exceptio-

Hinc poſtea recte eiusmodi inuaſoribus exceptio me-

Digitized by Google

ius iniuſti fuit oppoſita. *ceptionemque metus iniuſti* contra extorta ab eiusmodi invaſoribus omnino locum inueniſſe. Nec deſunt *exempla*, quibus ea fuit oppoſita, ex quibus nonnulla hic conſiderare lubet. Quem fugit *bellum iſtud priuatum*, quod *A.* 1522. inſtituit FRANCISCVS VAN SICKINGEN, nobilis immediatus e tractu Rhenano, et ſupremus militiae Caeſareanae Praefectus, contra epiſcopum Treuirenſem Richardum? *uti Sickingio.* Hic namque duos ſubditos, ne lytrum in diffidatione promiſſum ſoluerent, pro quibus rogatu illorum fidem Franciſcus interpoſuerat, prohibuerat, et, vt exceptionem hanc iniuſte petentibus opponerent, iuſſerat. Id quod Sickingius aegre ferens indicto Archi-epiſcopo bello per ſolennes literas, exhibitas a CHYTRAEO *Sax. l.* 10. *p.* 258. coactisque 8000. peditum et 600. equitum, Auguſtam Treuirenſem obſidet. Conniuebat Caeſar Carolus V. Sickingio propter odium, quo recens adhuc flagrabat in Richardum, eo quod electionem ſuam omnibus viribus impedire, dignitatemque imperialem ad Franciſcum I. Gall. R. deferre laborauerat. SLEIDAN. *l.* 3. *p.* 75. (*) Exitus tamen belli iſtius Sickingio admodum fuit funeſtus.

(*) Sunt, qui eum ab Alberto Archi ep. Moguntino contra Trevirenſem volunt excitatum. Alii, inter quos Ieſuita MASENIVS *in vita Caroli V.* Lutherum horum motuum faciunt autorem, aſſerentes, illum Sickingio odium in omnem Clerum, inprimis in Treuirenſum praeſulem, inſpiraſſe. vid. BROWER *in annal. Treu. l. 20. p. 337.* Verum eſſe hanc ex illis criminationibus, quibus Lutherus ſaepius petebatur (quorſum refer imputationes *tumultus ruſticani 1525.* in Germ. excitati vid. SCHARD. *T. 2. rer. germ. f. 131.* SLEIDAN. *l. 5.*) quisque facile intelligit. Nam Lutherum ab hoc bello Sickingium eſſe dehortatum, rerum harum peritiores vnanimiter teſtantur.

Digitized by Google

funeſtus. Nam virtute ciuium auxilioque Palatini a moenibus vrbis repulſus, bellumque iſtud conquiſitis vndique copiis continuaturus, ab imperii regimento proſcriptus eſt, vid. CHYTRAEVS *p.* 259. Hoc facto Richardus vna cum Heſſo ac Palatino caſtella eius occupare coeperunt, vbi ipſe in expugnatione *Landſtellae*, graui accepto vulnere, biduum poſt eius deditionem 1523. m. Maio animam reddidit. BROWER. *l. c.* add. SCHARD. *T.* 2. vbi BARTH. LATOMI *relatio de Sickingii bello* et CASP. STVRMII *de expugnatione arcium Sickingii et foederatorum.* conf. et LEODII *narrationem* apud FREHERVM *T.* 3. Fuiſſe autem proſcriptionem iſtam Sickingii *iuſtiſſimam*, nemo facile negabit. Licet enim, vt dixi, conniuente caeſare bellum eius fuiſſet coeptum, haud tamen eo approbante; quamobrem rectiſſime poenas pacifragii ſui dedit, quia legitimo ſpreto iudice, ſpretis tot ſalubribus conſtitutionibus prohibitiuis, ius ſibi ipſi dicere non dubitauerat.

§. VIII. Non minus notabiles ſunt motus *Grumbachiani* cum Ep. Herbipolitano inſtituti. Agedum! examinemus iſtos, et conſtabit, pacta illius cum Herbipolenſibus ſummo iure per *exceptionem noſtram* fuiſſe eliſa. GVIL. ſcilicet GRVMBACHIVS ingenti inter Nobiles Franconiae immediatos eminens autoritate, propter varias turbas cum Alberto Marchione Brandenburgico imperii banno erat proſcriptus. HORTLED, *de B. G. tom.* 2. *l.* 6. *c.* 26. *ſeqq.* LANGVETVS *hiſt. belli Gothani.* Quapropter Epiſcopus, MELCHIOR ZOBELIVS bonis non ſolum cum exuerat, ſed et legatum, vxori ipſius a Conrado Biberaco Ep. Herbipolitano relictum, petenti denegarat. THVAN. *l.* 21. *p.* 630. Quam repulſam morte ab emiſſariis Grumbach. *Grumbachia.*

Digitized by Google

tus iniuſti fuit oppoſita. *ceptionemque metus iniuſti* contra extorta ab eiusmodi inuaſoribus omnino locum inueniſſe. Nec deſunt *exempla*, quibus ea fuit oppoſita, ex quibus nonnulla hic conſiderare lubet. Quem fugit *bellum iſtud priuatum*, quod *A.* *uti Sickingio.* 1522. inſtituit FRANCISCVS VAN SICKINGEN, nobilis immediatus e tractu Rhenano, et ſupremus militiae Caeſareanae Praefectus, contra epiſcopum Treuirenſem Richardum? Hic namque duos ſubditos, ne lytrum in diffidatione promiſſum ſoluerent, pro quibus rogatu illorum fidem Franciſcus interpoſuerat, prohibuerat, et, vt exceptionem hanc iniuſte petentibus opponerent, iuſſerat. Id quod Sickingius aegre ferens indicto Archi-epiſcopo bello per ſolennes literas, exhibitas a CHYTRAEO *Sax. l.* 10. *p.* 258. coactisque 8000. peditum et 600. equitum, Auguſtam Treuirenſem obſidet. Conniuebat Caeſar Carolus V. Sickingio propter odium, quo recens adhuc flagrabat in Richardum, eo quod electionem ſuam omnibus viribus impedire, dignitatemque imperialem ad Franciſcum I. Gall. R. deferre laborauerat. SLEIDAN. *l.* 3. *p.* 75. (*) Exitus tamen belli iſtius Sickingio admodum fuit funeſtus.

(*) Sunt, qui eum ab Alberto Archi ep. Moguntino contra Treuirenſem volunt excitatum. Alii, inter quos Ieſuita MASENIVS *in vita Caroli V.* Lutherum horum motuum faciunt autorem, aſſerentes, illum Sickingio odium in omnem Clerum, inprimis in Treuirenſum praeſulem, inſpiraſſe. vid. BROWER *in annal. Treu. l.* 20. *p.* 337. Verum eſſe hanc ex illis criminationibus, quibus Lutherus ſaepius petebatur (quorſum refer imputationes *tumultus ruſticani* 1525. in Germ. excitati vid. SCHARD. *T.* 2. *rer. germ. f.* 131. SLEIDAN. *l.* 5.) quisque facile intelligit. Nam Lutherum ab hoc bello Sickingium eſſe dehortatum, rerum harum peritiores vnanimiter teſtantur.

Digitized by Google

funeſtus. Nam virtute ciuium auxilioque Palatini a moenibus vrbis repulſus, bellumque iſtud conquiſitis vndique copiis continuaturus, ab imperii regimento proſcriptus eſt, vid. CHYTRAEVS *p.* 259. Hoc facto Richardus vna cum Heſſo ac Palatino caſtella eius occupare coeperunt, vbi ipſe in expugnatione *Landſtellae*, graui accepto vulnere, biduum poſt eius deditionem 1523. m. Maio animam reddidit. BROWER. *l. c.* add. SCHARD. *T.* 2. vbi BARTH. LATOMI *relatio de Sickingii bello* et CASP. STVRMII *de expugnatione arcium Sickingii et foederatorum.* conf. et LEODII *narrationem* apud FREHERVM *T.* 3. Fuiſſe autem proſcriptionem iſtam Sickingii *iuſtiſſimam*, nemo facile negabit. Licet enim, vt dixi, conniuente caeſare bellum eius fuiſſet coeptum, haud tamen eo approbante; quamobrem rectiſſime poenas pacifragii ſui dedit, quia legitimo ſpreto iudice, ſpretis tot ſalubribus conſtitutionibus prohibitiuis, ius ſibi ipſi dicere non dubitauerat.

§. VIII. Non minus notabiles ſunt motus *Grumbachiani* cum Ep. Herbipolitano inſtituti. Agedum! examinemus iſtos, et conſtabit, pacta illius cum Herbipolenſibus ſummo iure per *exceptionem noſtram* fuiſſe eliſa. GVIL. ſcilicet GRVMBACHIVS ingenti inter Nobiles Franconiae immediatos eminens autoritate, propter varias turbas cum Alberto Marchione Brandenburgico imperii banno erat proſcriptus. HORTLED, *de B. G. tom.* 2. *l.* 6. *c.* 26. *ſeqq.* LANGVETVS *hiſt. belli Gothani.* Quapropter Epiſcopus, MELCHIOR ZOBELIVS bonis non ſolum eum exuerat, ſed et legatum, vxori ipſius a Conrado Biberaco Ep. Herbipolitano relictum, petenti denegarat. THVAN. *l.* 21. *p.* 630. Quam repulſam morte ab emiſſariis Grumbach. **Grumbachio.**

bachii Zobelio illata penſauit. THVAN. *l. c. p.* 953. PETR. LOTICHII *narratio de hac caede* et STIBLINI *ſatyra in ſicarios* apud SCHARD. *T.* 3. *p.* 1939. HORTL. *p.* 1926. *ſeq.* Poſtea canonicos petitioni Grumbachianae fauere nec dum volentes, 1000. equitibus totidemque peditibus, mira coactis celeritate improuiſos 1563. inuadit, et a captis, adhibitis grauioribus minis, *duriſſimas* extorquet *conditiones*, quarum *ſumma capita* haec erant: *vt bonis paternis et hereditariis ſibi reſtitutis, Erneſto Mandelslo ac Wich. Steinio ſociis ſuis damna bello Albertino accepta reſarcirent; praeterea ex ſylua Bambergica ad reaedificandum arcem Breitbach materiam ſuppeditarent; memoriam caedis Melchioris abolerent, nec de ea ſuſpectos vindicarent; lites in camera imperiali et coram epiſcopali iudicio contra ſe pendentes non amplius proſequerentur, ac denique ſe vna cum ſociis, ſi imperator vel quiuis alius contra hanc transactionem agere quid tentaret, defenderent indemnemque praeſtarent.* SCHARD. *l. c.* Sed cum hic Grumbachii proceſſus pariter contra publicae pacis conſtitutiones eſſet, Ferdinandus imp. omnia Herbipoli acta recte reſcindit, Grumbachiumque cum ſociis proſcribit. Fuſius THVAN. *l.* 26. *p.* 283. LONDORP. *l.* 4. *p.* 525. SICHARD. *ad A.* 1563. Nam ſic Grumbachii petitio *primum* erat iniuſta, quia per bannum, in quo tunc viuebat, ineptus et inhabilis, qui bona in imperio poſſideret, redditus erat; *dein* modus quoque procedendi nullo iure ſubſiſtere poterat. Si enim ad iſtam petitionem ius quoddam ſibi eſſe crediidiſſet, cur propriis viribus, neglecta legitima iuris via, illud quaerebat? conf. de omnibus Grumbachii actis HORTLEDER. *l.* 7. *per tot.* qui ſigillatim proſtat, ſed non ad finem perductus, quia typographo, *paginam* 525. cum abſoluiſſet inhibitio facta eſt.

Plura

Digitized by Google

Plura exempla diffidationum recentiorum adducere non luber, ne limites diſſertationis transgreſſus videar. Conſuli poteſt BOCER. in ſupra iam laudato *tr. de diffid. c.* 118. Caeterum de diffidationibus praeter paſſim iam adductos legi poſſunt, qui ad Maximiliani I. inſequentiumque Imperatorum conſtitutiones pleniſſime commentatus eſt, ANDR. GAIL. et DATT. add. CORTREIVS in *obſeruat. hiſt. polit. ad conſtitutionem profanam.* Frf. 1709. f. Facit huc quoque G. BECHTIVS *de ſecuritate publica in T.* 2. *iur. publ. Gieſſenſium,* MAVLIVS *de iure conducendi.* Conf. et ER. MAVRITIVS *in diſſertatt. iunctim editis p.* 786. NEVE BIBL. *ſect.* 30. *p.* 918. *ſeqq.* SCHWENDENDÖRFER *pecul. diſſ.* Lipſ. 1676. recuſ. ibid. 1716. CAROL. SAM. SENSII *hiſtorie* 2. *Befehdungen* Budiſſ. 1717. 8. vid. *Vnſchuld. Nachr. d. A. p.* 143. KVLPIS. diſſ. *de priuatis in hoſtem excurſionibus* inter eius diſſertat. Acad. p. 304. *ſqq.*

§. IX. Poſtquam itaque hactenus iuxta priorem caſum (vid. §. 2. *ſq.*) vidimus exempla, vbi exceptioni metus iniuſti ex iure publico imperii Rom. Germ. locus eſſe poſſit, nunc deuoluimur *ad caſum poſteriorem,* quo *deficiente iure ac idoneo ſuperiori* ſtatus in *naturalem* quaſi reciderunt *ſtatum,* ſicque acta eorum ex traditis in *praec. cap.* diiudicanda veniunt. Contigerat eiusmodi quid poſt *reformationem* a Luthero beatae memoriae diuinis coeptam auſpiciis. Nam cum praeſul Romanus LEO X. eo procederet impietatis, vt peccata haberet venalia, proque pecunia eorum remiſſionem, datis indulgentiarum literis per Apoſtolos ſuos, inprimis in Germania per IO. TETZELIVM concederet; contra hanc inſolentiam Lutherus

Alter caſus vbi exceptio metus locum in imp. R. G. non inuenit.

Contigit is poſt reformationis tempora.

Occaſio belli Schmalkald.

Digitized by Google

Foedus Schmalcald. bertate, maleque ſecuritati ſuae fore conſultum, pro ea tuenda contra Pontificiorum inſidias *Smalkaldiae* 1530. icerunt foedus defenſiuum an. 1536. ad decennium renouatum. CAMERAR. *de bello Smalc.* SLEID. *l.* 7. RECHENB. Diſſ. *de rel. arm. def.* §. 19. Quod tanquam illicitum damnabant BVRCARDVS in *autonom.* SVRIVS, QVETTA, AVILA et NAT. COMES, refutati a COLERO *de Iure Imp. Germ. concl.* 73. *ſq.* ZIERIZIO *in apol. pro foed. Schmalc.* IAC. BRVNNEM. *de foederibus ſtat. imp.* §. 30. BVRGOLD. *ad inſtr. pac. P.* 1. *D.* 1. §. 21. *variae induciae religioſae.* Interim frequenter res in comitiis tractabatur, induciaeque religioſae ad certum condebantur tempus. vid. SCHILTER *de P. R. c.* 1. §. 7. *et c.* 2. per tot. Inter quas memorabiles ſunt de A. 1532. Noribergae initae apud HORTL. *l.* 1. *c.* 10. vbi et primarii autores, qui de iis agunt, fuſe memorantur. MAIMBOVRG. *hiſt. Lutheran. l.* 3. *ſ.* 4. *in fin. Talis*, inquit, *fuit pax Noribergenſis, quae Lutheranis Proteſtantibus libertatem conſcientiae ad tempus, ſiue* (vt dici ſolet) *per modum proviſionis peperit.* LEHM. *de P. R. l.* 1. *c.* 1. GOLDAST. *T. I. p.* 511. SCHILTER. *d. c.* 2. §. 16. Hae tamen induciae impedire non potuerunt, quo minus odium iſtud vtramque inter partem indies creſceret, diſſidiaque tamdiu gliſcerent, donec inſtinctu maxime Auiae Rom. in *apertum bellum*, quod Lutheri aſſiduis precibus Deus hactenus auerterat, Turcarum irruptiones, aliaque impedimenta obuertendo, ſtatim poſt eius fata 1546. ſub *Schmalcaldici* nomine notum rumperet. De quo vid. omnino HORTLED. in incomparabili opere *de Bell. Schmalc.* CAMERAR. *comment. graeca de hoc bello cum lat. verſione et ſupplemento Sim. Steinii* apud FREHERVM *T.* 3. *p.* 387. *ſeqq.* add. THVAN. *hiſt. ſui temp.* SLEIDAN. *de ſtatu relig.* PVFEND. *de* *quas tandem ſecutum bellum Schmalcald.*

Digitized by Google

de rebus Suec. l. 1. et quos citat SCHWEDER. *laud. diſſ.* §. 5. *in fin.*

§. X. Belli huius *iuſtitiam* ratione Proteſtantium in dubium vocabant non pauci; (vid. ſcripta apud HORTL. *T.* 2. *l.* 1.) quin imo inter ipſos Proteſtantes permulti haerebant, (inter quos ipſe MELANCHTHON apud HORTL. *T.* 2. *l.* 1. MATTH. RAZENBERGER. *ibid. c.* 13. aliique apud GOLD. *Pol. imp. P.* 31.) *num arma eſſent aduerſus Caeſarem, ſi eos inuaderet, capienda?* quam in rem et Theologorum et Politicorum conquirebantur conſilia, quorum plerique id defendebant, aſſerentes, iuſtam conſcientiae libertatis defenſionem adeo eſſe naturalem, vt nullis illi derogari poſſet legibus. GOLD. *l. c.* Et *recte*; nam licet iuxta monitum PAVLI *ad Rom. XIII.* ſuperiori ſit obtemperandum, illud tamen vlterius, quam ius ſuperioris permittit, extendi nequit. Iam vero coactionem circa fidem nullo iure ſuperiori competere, iam ſupra fuſius *c.* 1. §. 6. *ſeqq.* fuit oſtenſum. Notum eſt illud, impune obſequium denegari ei, qui ſupra iuriſdictionem vult ius dicere, *l. f. π. de iurisd.* Egregia ſunt hanc in rem verba BVGENHAGII, (qui primus ex theologis defenſionem religionis contra Caeſarem admiſit) apud HORTL. *l. c. p.* 64. *n.* 1. *ſqq.* quae huc apponere lubet: *Der Kaiſer*, ſagt er, *iſt nicht Richter, oder Ober-Herr in dieſer Sache, ſondern Gottes Wort; In dem, das er Kaiſer iſt, wollen wir ihm in allen dingen gehorſahmen, noch mehr, denn andere; und wie Chriſtus lehret: gebet dem Kaiſer, was des Kaiſers iſt; aber in den ſtücken, die Gott zugehören, iſt er nicht Kaiſer, noch Oberherr; Er ſoll es auch nicht begehren; Er iſt auch nicht dazu von uns angenommen; niemand hat ihm darinnen*

De cuius iuſtitia a nonnullis dubitatum.

Sed recte defenditur.

Digitized by Google

DAST. *T.* 1. *f.* 80. id maxime notatu dignum occurrit, quod prima ſit, lingua Teutonica quae comparuit, teſte CONRING. *de O. I. G. cap.* 27. vide tamen Baro de LYNCKER in Diſſ. *de idiomate Imperiali.* De alia eiusdem Imperatoris conſtitutione de A. 1234. vid. autores apud du FRESNE *in Gloſſar.* VOC. *diffidatio.* Poſt Friderici obitum, increſcentibus, ſi vnquam, priuatis his bellis, occaſionem dante magno illo *interregno*, ad quod recte applicari poterat illud *Iud.* 21. *v. fin.* pro iis ſopiendis WILHELMVS HOLLANDVS, ad tempus imperator, A. 1255. peculiarem quoque tulit conſtitutionem, quam ex priuilegiis Rhenanae nobilitatis 1624. Moguntiae typis exſcriptis integrum exhibet DATT. *c.* 4. *n.* 20. *i. n. ſq.* vbi hiſtoriam huius conſtit. tradit. Hanc ſequebatur *Rudolphina* conſtitutio A. 1287. renouata Spirae A. 1291. et ADOLPHI *Naſſ.* de A. 1293. apud GOLDAST. *p.* 2. *der Reichs-Satz. p.* 165. add. LEHMANN. in CHRON. *Spir. l.* 5. *c.* 108. *i. c.* 119. IDEM *l.* 7. exhibet LVDOVICI *Bauari* conſtitutionem, de qua conf. etiam DATT. *c.* 5. *n.* 15. *ſq.* ALBERTI curas circa abroganda diffidamenta, vid. apud GOLDAST. *l. c. f.* 25. MVLLER. et *l. c. Caroli IV.* in *A. B. c.* 17. ibique LIMNAEVM. add. LEHMANN. *l.* 7. *c.* 47. *et* 52. qui quoque *c.* 63. WENCESLAI conſtitutionem de A. 1398. exhibet, de quo aliam de 1389. vid. apud DATT. qui etiam *c.* 26. *n.* 14. *et c.* 27. *de* ALBERTI II. conſtitut. in comit. Noriberg. 1438. lata fuſe agit. add. SCHILTER. *in iur. publ. T.* 2. *tit.* 19. *p.* 339. MVLLER. *l. c. p.* 1. *c.* 7. §. 9. GOLDAST. *l. c. f.* 144. *Friderici III.* curas haurire licet ex reformatione eiusdem A. 1442. in corp. receſſuum imp. exhibita quoque a GOLDAST. *in ſtat. et reſc. imp. p.* 203. MVLLER. *l. c. p.* 1, *c.* 7. itemque *inter* KVLPISII *documenta*, *p.* 129. conf. et DATT. *l.* 1. *c.* 28. vbi et de aliis huius imp. conſtitutionibus agit.

§. VI.

Digitized by Google

§. VI. Vides, quam ſolliciti imperatores vna cum ſtatibus fuerint, vt peſtilentiſſimum hoc Germaniae malum eradicarent, adeo vt ictis inter ſe foederibus poſt interregnum ſecuritati publicae conſulere, barbarumque iſtum morem e medio tollere tentarint. DATT. *l.* 1. *c.* 5. *ſqq.* Sed miraberis, qui factum, vt nihilominus illa obtineri nequierit, omnesque pactiones LLque inutiles manſerint. Qua de re conqueritur CRANTZ. *in metrop. l.* 4. *c.* 12. *Bella,* inquit, *quidem aperta non vsque quaque poſſunt vel euitari vel prohiberi, ſed occulta per terras latrocinia quis prohibebit? Non patitur Italia; dedignatur Gallia cum Hiſpania; Turci non ſinunt inulta. Infelix Germania hoc genere malorum carere non poteſt. etc.* Praecipua huius rei cauſſa ſine dubio erat *defectus* aut *contemtus* iudiciorum, coram quibus iura ſua proſequi licebat ſtatibus. conf. CONRING. *de iudic. Germ.* Priſtina namque Germaniae iudicia, (inter quae praecipue duo illa ſuprema tribunalia Caeſarea ſeu palatia vulgo *die Kayſerliche hohe Reichs-Pfaltzen in Sachſen und Schwaben*) inſignibus laborabant morbis, nec ſufficiebant omnibus ciuium controuerſiis. Ad *iudicium* vero imperatoris *aulicum* lites deferre nimis videbatur moleſtum. Locus enim illius nusquam erat fixus, ſed nunc erat Ratisbonae, nunc Noribergae, nunc Viennae, aut in imperii ciuitatibus, in quibus Imperator ob negotia Imperii ſubſiſtebat, adeo vt inſtabilis Themidis ſedes eſſet. Conf. CONRING. l. c. DATT. *l.* 4. *c.* 1. Quamobrem non tantopere exprobrandum eſſe videri poſſet genti Germanicae hoc priuatae vindictae ſtudium, cum nihil certius ſit, quam, iudiciis ceſſantibus, vel quod idem eſt, male conſtitutis, nec ſufficientibus, bella inchoari, et res in eum deuolui ſtatum, qui eſt naturalis libertatis. GROT. *lib.* 2. *c.* 1. §. 2. et egregie DATT. *l.* 1. *c.* 3. *n.* 32. *ſqq.* Vnde quoque eſt, quod

quae tamen parum efficaciae habebant.

cauſſa illius rei, defectus iudiciorum.

Digitized by Google

Vnde et certo modo tolerabantur priuata bella.

quod in memoratis poſt interregnum *de Pace publ.* conſtitutionibus non omnia bella priuata interdicerentur, ſed friuola ac iniuſta, ſiue vt *A. B.* loquitur. *c.* 17. *prohibemus vniuerſas ac ſingulas guerras liteſque iniuſtas.* Huc maxime pertinebant, quas ſolennis indictio non praeceſſerat. HVGO *de ſtatu reip. germ. c.* 3. §. 8. LIMNAEVS *ad d. cap. A. B. Si* namque *diffidatio praeceſſerat, bella iſthaec pro iure conſtituto habebantur.* IVO CARNVT. *ep.* 133. add. FRIDERICI I. conſtitutionem de A. 1187. ibi: *modo damnum alteri facere, aut laedere ipſum intendens, tribus ad minus ante diebus per certum nuncium ſuum eum diffiduciaret.* conf. etiam *cit. cap.* 17. *A. B.* ibi: *niſi diffidatio etc.* Haecque indictio tantum operabatur, vt effectus, alias ex bellis iure gentium ſolennibus fluentes, exinde ſequerentur. BESOLD. *de arte iureque belli c.* 5. *n.* 5. RVMELIN. *ad A. B. P.* 2. *D.* 6. §. 1. *et* 3. HEIGIVS *P.* 2. *quaeſt.* 32. *n.* 8. LEHMANN. *l. c. lib.* 7. *c.* 89. *l. c.* 112. Donec itaque non tolleretur cauſſa iſtorum Germaniae malorum, iuſtitiaque in meliorem redigeretur ſtatum, fieri nulla ratione poterat, vt priuata iſthaec ceſſarent bella. Viderant illum Germaniae morbum nonnulli Imperatores; quare non ſolum approbabant foedera iſta ſtatuum, ſed et alia remedia iuri dicundo inſeruientia quaerebant. DATT. *l.* 1. *c.* 27. *ſqq.* Sed fruſtraneus omnis erat labor. Tandem res ſucceſſit MAXIMILIANO I. cuius ſub regimine infinitis aliis Germania beata fuit bonis. Prima eius cura erat *reſtauratio iudiciorum*, quorum ſine flore certam ſperari pacem nunquam poſſe probe perſpiciebat. Quem in finem An. 1495. in Comit. Wormatienſibus condere coepit *iudicium camerale*, ad quod, qui impoſterum a conſtatibus ſe laeſos crederent, confugere liceret, iureque, non amplius armis, reſtitutionem petere.

vsque ad Maximiliani I. tempora, qui per conſtit. de A. 1495. illas plane prohibuit.

Digitized by Google

petere. Quo facto, illa uniuerſalis perpetuoque valitura *de pace publ.* conſtitutio promulgabatur, quae hodie adhuc floret. vid. LANDFRIEDEN *de A.* 1495. *in corp. R. I.* Summam eius exhibet SCHWEDER. *in iur. publ. P. gen. c.* 3. §. 12. BLVM *Proc. cam. tit.* 29. *n.* 23. Latius de eo agit DATT. *l.* 3. *c.* 1. *l.* 4. *c.* 1. Sed cum nihil valeat ius in ciuitate, niſi ſint, qui iura regere poſſint, POMPON. *l.* 2. §. 13. *de O. I.* mox Anno 1500. laudatiſſimus hic Caeſar Spirae Regimentum Imp. ordinabat, (de quo vid. AD. RECHENBERG in pec. *diſſ.* Lipſ. habita *recuſa in lineis phil. mor. ad fin. et inter eius diſſert. hiſt. polit. T.* 2. *p.* 366.) et Imperium in 6. diuiſit circulos, vt ita ſententiae, a iudicio cam. latae, eo melius executioni dari poſſent. Quamuis autem prudentet haec conſtitutio eſſet lata, non tamen prorſus omnes ceſſabant diffidationes. WAGENSEIL l. c. *p.* 125. Mala namque non tam facile tolluntur quam introducuntur, legesque optimas hominum malitiae non ſemper ſufficere, experientia docet. Cauſſa certe, cur noua ſemper additamenta iſti conſtitutioni adiecta fuerint, vid. in *R. I. de A.* 1500. 1512. add. Landfrieden *d. A.* 1521. *R. I. de A.* 1522. 48. 51. *ord. crim. art.* 129. *R. I. de A.* 1555. 57. 59. 66. 76. et denique *R. I. de A.* 1598. Haecque omnia deinceps per *Pacem Weſtphal. art.* 17. §. 8. ſunt confirmata. Ibi: *nulli omnino ſtatuum Imperii liceat ius ſuum vi vel armis proſequi, ſed ſi quid controuerſiae iam exortum ſit, ſiue poſthac inciderit, vnusquisque iure experiatur, ſecus faciens, reus ſit fractae pacis.* add. *Capitulat. Caeſareas.* *Cui nona in ſecutis comit. additamenta acceſſerunt.*

§. VII. Cum itaque bella priuata poſt tot egregias conſtitutiones non ceſſarent, in aprico eſt, quae ita acquiſita fuerunt, ceu temerarie geſta, diiudicanda eſſe, exceptio- *Hinc poſtea recte eiusmodi inuaſoribus exceptio me-*

tus iniuſti fuit appoſita. *ceptionemque metus iniuſti* contra extorta ab eiusmodi inuaſoribus omnino locum inueniſſe. Nec deſunt *exempla*, quibus ea fuit oppoſita, ex quibus nonnulla hic conſiderare lubet. Quem fugit *bellum iſtud priuatum*, quod *A.* *uti Sickingio.* 1522. inſtituit FRANCISCVS VAN SICKINGEN, nobilis immediatus e tractu Rhenano, et ſupremus militiae Caeſareanae Praefectus, contra epiſcopum Treuirenſem Richardum? Hic namque duos ſubditos, ne lytrum in diffidatione promiſſum ſoluerent, pro quibus rogatu illorum fidem Franciſcus interpoſuerat, prohibuerat, et, vt exceptionem hanc iniuſte petentibus opponerent, iuſſerat. Id quod Sickingius aegre ferens indicto Archi-epiſcopo bello per ſolennes literas, exhibitas a CHYTRAEO *Sax. l.* 10. *p.* 258. coactisque 8000. peditum et 600. equitum, Auguſtam Treuirenſem obſidet. Conniuebat Caeſar Carolus V. Sickingio propter odium, quo recens adhuc flagrabat in Richardum, eo quod electionem ſuam omnibus viribus impedire, dignitatemque imperialem ad Franciſcum I. Gall. R. deferre laborauerat. SLEIDAN. *l.* 3. *p.* 75. (*) Exitus tamen belli iſtius Sickingio admodum fuit funeſtus.

(*) Sunt, qui eum ab Alberto Archi ep. Moguntino contra Treuirenſem volunt excitatum. Alii, inter quos Ieſuita MASENIVS *in vita Caroli V.* Lutherum horum motuum faciunt autorem, aſſerentes, illum Sickingio odium in omnem Clerum, inprimis in Treuirenſum praeſulem, inſpiraſſe. vid. BROWER *in annal. Treu. l. 20. p. 337.* Verum eſſe hanc ex illis criminationibus, quibus Lutherus ſaepius petebatur (quorſum refer imputationes *tumultus ruſticani 1525.* in Germ. excitati vid. SCHARD. *T. 2. rer. germ. f. 131.* SLEIDAN. *l. 5.*) quisque facile intelligit. Nam Lutherum ab hoc bello Sickingium eſſe dehortatum, rerum harum peritiores vnanimiter teſtantur.

Digitized by Google

funeſtus. Nam virtute ciuium auxilioque Palatini a moenibus vrbis repulſus, bellumque iſtud conquiſitis vndique copiis continuaturus, ab imperii regimento proſcriptus eſt, vid. CHYTRAEVS *p.* 259. Hoc facto Richardus vna cum Heſſo ac Palatino caſtella eius occupare coeperunt, vbi ipſe in expugnatione *Landſtellae*, graui accepto vulnere, biduum poſt eius deditionem 1523. m. Maio animam reddidit. BROWER. *l. c.* add. SCHARD. *T.* 2. vbi BARTH. LATOMI *relatio de Sickingii bello* et CASP. STVRMII *de expugnatione arcium Sickingii et foederatorum.* conf. et LEODII *narrationem* apud FREHERVM *T.* 3. Fuiſſe autem proſcriptionem iſtam Sickingii *iuſtiſſimam*, nemo facile negabit. Licet enim, vt dixi, conniuente caeſare bellum eius fuiſſet coeptum, haud tamen eo approbante; quamobrem rectiſſime poenas pacifragii ſui dedit, quia legitimo ſpreto iudice, ſpretis tot ſalubribus conſtitutionibus prohibitiuis, ius ſibi ipſi dicere non dubitauerat.

§. VIII. Non minus notabiles ſunt motus *Grumbachiani* cum Ep. Herbipolitano inſtituti. Agedum! examinemus iſtos, et conſtabit, pacta illius cum Herbipolenſibus ſummo iure per *exceptionem noſtram* fuiſſe eliſa. GVIL. ſcilicet GRVMBACHIVS ingenti inter Nobiles Franconiae immediatos eminens autoritate, propter varias turbas cum Alberto Marchione Brandenburgico imperii banno erat proſcriptus. HORTLED, *de B. G. tom.* 2. *l.* 6. *c.* 26. *ſeqq.* LANGVETVS *hiſt. belli Gothani.* Quapropter Epiſcopus, MELCHIOR ZOBELIVS bonis non ſolum eum exuerat, ſed et legatum, vxori ipſius a Conrado Biberaco Ep. Herbipolitano relictum, petenti denegarat. THVAN. *l.* 21. *p.* 630. Quam repulſam morte ab emiſſariis Grumbach. **Grumbachie.**

Digitized by Google

bachii Zobelio illata penſauit. THVAN. *l. c. p.* 953. PETR. LOTICHII *narratio de hac caede* et STIBLINI *ſatyra in ſicarios* apud SCHARD. *T.* 3. *p.* 1939. HORTL. *p.* 1926. *ſeq.* Poſtea canonicos petitioni Grumbachianae fauere nec dum volentes, 1000. equitibus totidemque peditibus, mira coactis celeritate improuiſos 1563. inuadit, et a captis, adhibitis grauioribus minis, *duriſſimas* extorquet *conditiones*, quarum *ſumma capita* haec erant: *vt bonis paternis et hereditariis ſibi reſtitutis, Erneſto Mandelslo ac Wich. Steinio ſociis ſuis damna bello Albertino accepta reſarcirent; praeterea ex ſylua Bambergica ad reaedificandum arcem Breitbach materiam ſuppeditarent; memoriam caedis Melchioris abolerent, nec de ea ſuſpectos vindicarent; lites in camera imperiali et coram epiſcopali iudicio contra ſe pendentes non amplius proſequerentur, ac denique ſe vna cum ſociis, ſi imperator vel quiuis alius contra hanc transactionem agere quid tentaret, defenderent indemnemque praeſtarent.* SCHARD. *l. c.* Sed cum hic Grumbachii proceſſus pariter contra publicae pacis conſtitutiones eſſet, Ferdinandus imp. omnia Herbipoli acta recte reſcindit, Grumbachiumque cum ſociis proſcribit. Fuſius THVAN. *l.* 26. *p.* 283. LONDORP. *l.* 4. *p.* 525. SICHARD. *ad A.* 1563. Nam ſic Grumbachii petitio *primum* erat iniuſta, quia per bannum, in quo tunc viuebat, ineptus et inhabilis, qui bona in imperio poſſideret, redditus erat; *dein* modus quoque procedendi nullo iure ſubſiſtere poterat. Si enim ad iſtam petitionem ius quoddam ſibi eſſe crediſiſſet, cur propriis viribus, neglecta legitima iuris via, illud quaerebat? conf. de omnibus Grumbachii actis HORTLEDER. *l.* 7. *per tot.* qui ſigillatim proſtat, ſed non ad finem perductus, quia typographo, *paginam* 525. cum abſoluiſſet inhibitio facta eſt.

Plura

Plura exempla diffidationum recentiorum adducere non lubet, ne limites diſſertationis transgreſſus videar. Conſuli poteſt BOCER. in ſupra iam laudato *tr. de diffid. c.* 118. Caeterum de diffidationibus praeter paſſim iam adductos legi poſſunt, qui ad Maximiliani I. inſequentiumque Imperatorum conſtitutiones pleniſſime commentatus eſt, ANDR. GAIL. et DATT. add. CORTREIVS in *obſeruat. hiſt. polit. ad conſtitutionem profanam.* Frf. 1709. f. Facit huc quoque G. BECHTIVS *de ſecuritate publica in T.* 2. *iur. publ. Gieſſenſium*, MAVLIVS *de iure conducendi.* Conf. et ER. MAVRITIVS *in diſſertatt. iunctim editis p.* 786. NEVE BIBL. *ſect.* 30. *p.* 918. *ſeqq.* SCHWENDENDÖRFER *pecul. diſſ.* Lipſ. 1676. recuſ. ibid. 1716. CAROL. SAM. SENSII *hiſtorie* 2. *Befehdungen* Budiſſ. 1717. 8. vid. *Vnſchuld. Nachr. d. A. p.* 143. KVLPIS. diſſ. *de priuatis in hoſtem excurſionibus* inter eius diſſertat. Acad. *p.* 304. *ſqq.*

§. IX. Poſtquam itaque hactenus iuxta priorem caſum (vid. §. 2. *ſq.*) vidimus exempla, vbi exceptioni metus iniuſti ex iure publico imperii Rom. Germ. locus eſſe poſſit, nunc deuoluimur *ad caſum poſteriorem*, quo *deficiente iure ac idoneo ſuperiori* ſtatus in *naturalem* quaſi reciderunt *ſtatum*, ſicque acta eorum ex traditis in *praec. cap.* diiudicanda veniunt. Contigerat eiusmodi quid poſt *reformationem* a Luthero beatae memoriae diuinis coeptam auſpiciis. Nam cum praeſul Romanus LEO X. eo procederet impietatis, vt peccata haberet venalia, proque pecunia eorum remiſſionem, datis indulgentiarum literis per Apoſtolos ſuos, inprimis in Germania per IO. TETZELIVM concederet; contra hanc inſolentiam Lutherus *Alter caſus vbi exceptio metus locum in imp. R. G. non inuenit.* *Contigit id poſt reformationis tempora.* *Occaſio belli Schmalkald.*

Digitized by Google

diuino impulſus ſpiritu aſſurgere incipiebat, publicis contra eos Wittebergae 1517. affixis theſibus, ab OSIANDRO *cent.* 16. *p.* 45. *ſeqq.* exhibitis. conf. SLEID. *l.* I. AD. RECHENBERG. in cit. *D. de ſtat. rel. in Germ. inter eius diſſ. hiſt. pol. P.* 2. *p.* 362. §. 6. Tantum vero aberat, vt Pontifex hoſce emendaret abuſus, vt potius praeter omnem ſpem hoc B. viri iuſto irritatus zelo A. 1520. excommunicationis fulmen in eum vibraret, ſcriptaque eius exuri mandaret. vid. *T. I. Ien. f.* 259. *ſeqq.* Qui procedendi modus, fatente ipſo *Eraſmo*, prorſus indignus homine chriſtiano, mouit Lutherum, vt, dum nil minus intendiſſet, quam Rom. ſedis excutere iugum, teſte SVRIO Monacho Colonienſi, opus reformationis maiori zelo aggrederetur, plurimosque eorum errores ex ſacro detegeret fonte, RECHENB. *l. c.* §. 7. eoque quamplurimis, ſub eo miſere degentibus, oculos aperiret (*), qui vna cum eo illos agnoſcentes, puriorem doctrinam, poſtliminio quaſi reſtitutam, arripere, ac Papae obſequium denegare incipiebant. conf. SCHWEDER. *cit. D. de pac. rel. perp. et conſt.* §. 4. MELANCHTH *de Actis Lutheri*, THVAN. *l.* I. GVICCIARD. *l.* 13. *hiſt.* MONZAMB. *de ſtat. Imp. Germ. c.* 5. §. 9. ibique THOMAS. AB. SCHVLTET. *annal. Euang. Dec.* I. *ſq.* Quo ipſo cum Pontificis regnum, quem inſatiabilis ambitio ſuper omnes euexerat Principes chriſtianos, immane quantum debilitaretur, non poterant non ab eo et aſſeclis aſſiduae excitari turbae atque motus. Vnde naſcebantur tam

(*) Ipſi Imp. MAXIMILIANO I. non diſplicuiſſe Lutheri doctrinam, ex eo iudcari poteſt, quod dixerit: *Man ſolte den Munch paſſiren laſſen, er wurde wohl nutzlich zu gebrauchen ſeyn.*

Digitized by Google

tam diſpares inter Imperii caput eiusque membra affectus. Exulabat arctior inter eos coniunctio et confidentia: creſcebant ſimultates, corpore Reip. in duas diſſecto partes; deferebatur res ad Comitia Wormatienſia a. 1521. vbi Lutherus proſcribebatur, eiusque doctrina ceu erronea a Pontificiis publico *decreto*, apud GOLD. *T.* I. *f.* 441. reiiciebatur, vid. *T. I. Ien. f.* 456-464. SLEIDAN. *l.* 3. THVAN. *l.* 1. confirmato in ſecutis comitiis Norib. 1524. Sed cum id a *iudice* factum *ſuſpecto*, fauentes Luthero ſtatus ad liberum prouocabant concilium. SLEIDAN. *l.* 4. Ne autem interea augerentur turbae, An. 1526. Spirae tranſigebatur, vt quilibet vsque ad illud tempus in ditione ſua ita ſe gereret, vt rationem Deo et Imperatori reddere poſſet. Verum harum induciarum fructus mox expirabant. Frementibus namque quotidie Pontificiis, Imperator A. 1529. Wormatienſe Edictum Spirae renouabat, Lutheranisque iniungebat, vt non aliam quam veterem profiterentur religionem, addita ratione ad caſum religionis plane non quadrante, *quod moribus ſit receptum, vt quod maior Ordinum Imp. pars ſanciuerit, paucis quibusdam reſcindere non liceat.* BVRGOLD. *ad Inſtr. Pac. P. I. D.* 1. §. 2. Contra quod mandatum cum ſolenni proteſtatione ſe munirent Lutherani, nomen *Proteſtantium* obtinebant. vid. HORTL. *T. I. c.* 4. SLEID. *l.* 6. CHYTRAEVS *l.* 12. *p.* 365. RECHENB. *prael. hiſt. P.* 3. *c.* 7. §. 6. *et cit. D.* §. 15. THVAN. *l.* 1. *p.* 26. STRAVCH. *Diſſ. exot.* 7. SCHILTER. *de L. E. G. l.* 7. *c.* 4. *et de P. R. c.* 2. BVRGOLD. *l. c.* Probe itaque intelligentes, inprimis cum et oblata in comitiis Auguſt. confeſſio fuiſſet damnata, CHYTRAEVS *in hiſt. Aug. conf.* et CAELESTINVS *de comit. Aug.* actum eſſe de conſcientiarum liberta-

Edictum Wormat. A. 1521.

renouatum Spirae 1529.

nomen Proteſtant.

Foedus Schmalcald. bertate, maleque ſecuritati ſuae fore conſultum, pro ea tuenda contra Pontificiorum inſidias *Smalkaldiae* 1530. icerunt foedus defenſiuum an. 1536. ad decennium renouatum. CAMERAR. *de bello Smalc.* SLEID. *l.* 7. RECHENB. Diſſ. *de rel. arm. def.* §. 19. Quod tanquam illicitum damnabant BVRCARDVS in *autonom.* SVRIVS, QVETTA, AVILA et NAT. COMES, refutati a COLERO *de Iure Imp. Germ. concl.* 73. *ſq.* ZIERIZIO *in apol. pro foed. Schmalc.* IAC. BRVNNEM. *de foederibus ſtat. imp.* §. 30. BVRGOLD. *ad inſtr. pac. P.* 1. *D.* 1. §. 21. Interim frequenter res in comitiis tractabatur, induciaeque religioſae ad certum condebantur tempus. vid. SCHILTER *de P. R. c.* 1. §. 7. *et c.* 2. per tot. Inter quas memorabiles ſunt de A. 1532. Noribergae initae apud HORTL. *l.* 1. *c.* 10. vbi et primarii autores, qui de iis agunt, fuſe memorantur. MAIMBOVRG. *hiſt. Lutheran. l.* 3. *f.* 4. *in fin. Talis,* inquit, *fuit pax Noribergenſis, quae Lutheranis Proteſtantibus libertatem conſcientiae ad tempus, ſiue (vt dici ſolet) per modum prouiſionis peperit.* LEHM. *de P. R. l.* 1. *c.* 1. GOLDAST. *T.* 1. *p.* 511. SCHILTER. *d. c.* 2. §. 16. Hae tamen induciae impedire non potuerunt, quo minus odium iſtud vtramque inter partem indies creſceret, diſſidiaque tamdiu gliſcerent, donec inſtinctu maxime Auiae Rom. in *apertum bellum*, quod Lutheri aſſiduis precibus Deus hactenus auerterat, Turcarum irruptiones, aliaque impedimenta obuertendo, ſtatim poſt eius fata 1546. ſub *Schmalcaldici* nomine notum rumperet. De quo vid. omnino HORTLED. in incomparabili opere *de Bell. Schmalc.* CAMERAR. *comment. graeca de hoc bello cum lat. verſione et ſupplemento Sim. Steinii* apud FREHERVM *T.* 3. *p.* 387. *ſeqq.* add. THVAN. *hiſt. ſui temp.* SLEIDAN. *de ſtatu relig.* PVFEND. *de*

variae induciae religioſae.

quas tandem ſecutum bellum Schmalcald.

de rebus Suec. l. 1. et quos citat SCHWEDER. *laud. diſſ.* §. 5. *in fin.*

§. X. Belli huius *iuſtitiam* ratione Proteſtantium in dubium vocabant non pauci; (vid. ſcripta apud HORTL. *T.* 2. *l.* 1.) quin imo inter ipſos Proteſtantes permulti haerebant, (inter quos ipſe MELANCHTHON apud HORTL. *T.* 2. *l.* 1. MATTH. RAZENBERGER. *ibid. c.* 13. aliique apud GOLD. *Pol. imp. P.* 31.) *num arma eſſent aduerſus Caeſarem, ſi eos inuaderet, capienda?* quam in rem et Theologorum et Politicorum conquirebantur conſilia, quorum plerique id defendebant, aſſerentes, iuſtam conſcientiae libertatis defenſionem adeo eſſe naturalem, vt nullis illi derogari poſſet legibus. GOLD. *l. c.* Et *recte*; nam licet iuxta monitum PAVLI *ad Rom. XIII.* ſuperiori ſit obtemperandum, illud tamen vlterius, quam ius ſuperioris permittit, extendi nequit. Iam vero coactionem circa fidem nullo iure ſuperiori competere, iam ſupra fuſius *c.* 1. *§.* 6. *ſeqq.* fuit oſtenſum. Notum eſt illud, impune obſequium denegari ei, qui ſupra iurisdictionem vult ius dicere, *l. f. π. de iurisd.* Egregia ſunt hanc in rem verba BVGENHAGII, (qui primus ex theologis defenſionem religionis contra Caeſarem admiſit) apud HORTL. *l. c. p.* 64. *n.* 1. *ſqq.* quae huc apponere lubet: *Der Kaiſer*, ſagt er, *iſt nicht Richter, oder Ober-Herr in dieſer Sache, ſondern Gottes Wort; In dem, das er Kaiſer iſt, wollen wir ihm in allen dingen gehorſahmen, noch mehr, denn andere; und wie Chriſtus lehret: gebet dem Kaiſer, was des Kaiſers iſt; aber in den ſtücken, die Gott zugehören, iſt er nicht Kaiſer, noch Oberherr; Er ſoll es auch nicht begehren; Er iſt auch nicht dazu von uns angenommen; niemand hat ihm darin-*

De cuius iuſtitia a nonnullis dubitatum.

Sed recte defenditur.

nen gehuldiget; wir wollen ihn auch gern berichten, ſo er uns als ein Chriſten-Herr hören wil. Denn Chriſtus ſagt darzu, gebet Gott, (nicht dem Kaiſer) was Gott gehöret; darum ſoll er ſich erkennen für einen Kaiſer, und nicht für einen Mörder; für einen Chriſten-Herrn, und nicht einen verfolger des Evangelii etc. Mox pergit. *n.* 7. *Wenn aber der Saul wäre zugefahren, und hätte das volck mit gewalt wollen dringen von Gottes wort, zur abgötterei, und derowegen angefangen zu hauen und zu morden, ich halte, Samuel hätte ihn ſelbſt erſtochen, oder ſich gewaltig mit dem volck wieder ihn gewehret, wie wir auch leſen im buch der Maccabäer, daſs die Juden ſich muſten leiden und gedulden, wenn heidniſche Könige über ſie regierten; aber wenn dieſelben anfiengen ſie zu dringen von Gott, und zwar zur abgötterei, achteten die Juden, daſs jene nicht mehr wären ihre Oberherren; darum wehreten ſie ſich und ſchlugen getroſt darein, und Gott half ihnen etc.* Profecto ſi ſenſus eſſet Apoſtoli, quod chriſtianos etiam in *cauſſis fidei* oporteret ſuperiori obedire, qui potuiſſet ipſemet ſuo exemplo contrarium probare? quoties enim non neglexit interdictum Magiſtratus et in annunciando Euangelio ſtrenue perrexit? Ipſe PETRVS coram ſynedrio: *iudicate*, inquit, *num fas ſit, hominibus magis obedire, quam DEO.* conf. PVFENDORF. *de habitu rel. Chriſt.* §. 6. et *in dedicatione* add. egregium conſilium apud HORTL. *l. c. c.* 5. *et* 6. Iure quoque *humano* diſerte cautum eſt, quod reſcriptum principis contra ius diuinum ſit ipſo iure nullum. *l. f. c. ſi contra ius.* Cum itaque Caeſar iuberet, vt verae, quam Lutherus monſtrauerat, religioni nuncium mitterent Principes Proteſtantes, et ad ritus Pontificiorum ſuperſtitioſos reuerterentur, hocque armis ab iis impetrare conten-

Digitized by Google

tenderet, quid magis iuſtum, quam vt armis arma repulſarent? Manet namque hoc: *Caeſari parendum, ſed vsque ad aras.* PVFEND. *l. c.* ALB. GENTILIS *de iure Bell. l.* I. *c.* 9. RECHENB. cit. *diſſ.* §. 9. *ſqq.* §. 17. *ſeq. et* §. 21, 32. conf. SYRING. *de P. R. c.* 3. *in fin.* vbi in hunc modum Magnum ICtum refert conſuluiſſe ciuitati Hagenauienſi, cum binis reſcriptis religionis exercitio Caeſar eam interdixiſſet. Exhibet iſtud conſilium 1566. datum LEHM. *de P. R. l.* 3. *c.* 47. Quoties itaque haec duo praecepta: *obtempera Deo;* et, *obtempera ſuperiori;* inter ſe pugnant, poſterius cedere debet priori. Id quod iuri Nat. omnino conforme eſt, vtpote iuxta quod in colliſione duorum officiorum fortius ſuperat ſemper minus forte. GROT. *l.* I. *c.* I. §. 10. ZIEGLER. *ad.* LANCELL. *l.* I. *tit.* 2. Sic v. gr. parentes non ſunt laedendi; ſed ſi fiunt hoſtes patriae, impune laeduntur. *l.* 35. *de relig. et ſumt. fun.* Degenerato itaque Imp. ex patre patriae in hoſtem, nexum, quo alias ei erant obſtricti, optimo iure liberabantur Proteſtantes. HORTL. *c.* 2. Accedit, quod maxime circa hanc rem attendendum, Remp. Imp. eſſe mixtam, cuius partem Proteſtantes quoque conſtituunt, hincque Caeſari non licere pro lubitu agere, inprimis in *cauſſis religionis*, ad quas, vt ſupra §. *praec.* iam monui, neutiquam quadrat, vt, quod maior pars ordinum Imp. ſanciuit, paucis quibusdam reſcindere non liceret. conf. BVRGOLD. *l. c. P.* 2. *d.* 5. *per tot.* CONRING. *ad Lampad. P.* 3. *c.* 21. §. 13. SCHILTER. *de P. R. c.* 3. §. 15. *ſeq.* HVGO *de ſtatu rel. germ. c.* 3. §. 47. RECHENB. *cit. diſſ.* §. 17. *i.* §. 21. *ſqq.* ZENTGRAV. *de libert. rel.* §. 2. His omnibus ſpretis, cum nihilominus Caeſar arma contra Proteſtantes arriperet,

Digitized by Google

riperet, non poterant non ſe defendere. Dei enim agebatur cauſſa.

contra pacem religioſam inepte exceptio metus iniuſti opponitur.

§. XI. Demonſtrato itaque, rectius arma contra Caeſarem Pontificiosque fuiſſe arrepta, eo quod *religionis intuitu in naturalem ſoluti eſſent ſtatum*, nulloque amplius, durante bello, iuncti vinculo, per ſe patet, contra factam A. 1552. *transactionem Paſſauienſem*, indeque ſecutam Auguſt. Vind. a. 1555. *pacem religioſam*, exceptionem *metus iniuſti* locum habere neutiquam poſſe, ſed huc omnino applicanda eſſe, quae *praec. cap.* de liberis gentibus tradidi. Vana itaque fuit temeritas quorundam Pontificiorum, qua conuentionem hanc publicam impugnare, catholicosque inde obligari neutiquam poſſe publicis ſcriptis clamabant, quorum praecipuos hic recenſere lubet. Maximas turbas ciebat quidam nomine FRANCISC. BVRCARDI cancell. Colonienſis abutens *autonomia ſua, ſiue von freyſtellung mehrerley religion* München. 1586. 93. et 1601. 4. Verum libri autorem putant alii A. GAILIVM. Alii A. ERSTENBERGERVM, vid. PETR. RIBADENEIRA *l.* 1. *de Princip. c.* 16. *f.* 182. Alii vtrumque. conf. WAHR. AB EHRENBACH *de foeder. l.* 2. *c.* 2. *p.* 222. CONRING. *ad Lampad.* Alii *Ieſuitas* colonienſes eius autores faciunt. vid. FLACCIVS *Th. An. et Pſ. p.* 145. Quisquis ſit, ſcriptum hoc magno excipiebatur a catholicis applauſu. Fruſtranea tamen iſta eſſe iubila, ex Proteſtantibus multi oſtenderunt. Quae Saxones illi oppoſuerunt, extant ſub *tit. Des H. R. Reichs Augapfel*, contra quod rurſus promulgabatur aliud: *Wer hat das kalb ins aug geſchlagen?* *De Dommareini* van DISSINGAV et

Scriptores Pontificii eam impugnantes.

A. B.

A. B. *de* GODENTIIS ſcriptis, autori autonomiae oppoſitis, vid. STRVV. *in Bibl. iur. c.* 16. §. 38. vbi et de aliis pacis impugnatoribus SCIOPPIO et *Ieſuitis Dillingenſibus.* His adde OSTERMANNVM *in diſp. cam.* 8. G. F. de BVCKISCH. et *Ern. de* EVSEBIIS, contra quem tamen vid. CONRING. *infra* §. 17. *cit* et ex ipſis catholicis *Car.* a LOBCOWITZ *in pace S. I. R. licita*, Viennae 1649. tertium edita f. Agedum, examinemus eorum argumenta. Praecipuum eſt, quod *vi metuque* ab imperatore et ſtatibus Catholicis eam dicunt extortam. At, qui vel leui rerum tunc temporis geſtarum notitia tinctus eſt, falſitatem illius aſſerti facile intelliget. Quis enim neſcit potentiam Caeſaris, qui, proſtratis Proteſtantium firmiſſimis fulcris, veluti triumphator Auguſtam Vind. intrauit, teſtibus ipſis catholicis. THVAN. *l.* 4. IOVIVS *l.* 45. *hiſt. in f.* add. inprimis GEORG. SCHERER. *f.* 101. vbi in Caeſarem inuehitur, quod victoria ſua non melius fuerit vſus, ſicque concludit: *Denn da Ihr Maj. die victorie proſequirt, und den religions-frieden nicht wieder angerichtet, würde es viel beſſer um die cath. Religion ſtehen.* Sic namque Saxon. Elect. Haſſiaeque Landgrauius tenebantur captiui. THVAN. *l.* 21. Nec minus potentiam ipſius veritae potentiſſimae imp. ciuitates praeter Bremam et Magdeburgum ad vnam omnes defecerant. SYRING. *de P. R. c.* 2. *p.* 23. LEHM. *l.* 3. *c.* 35. *p.* 342. *clementiae imperiali ſecuritatem ſuam acceptam ferentes*, verba ſunt ADAMI, itidem ſcriptoris catholici, *in rel. hiſt. de pac. Weſtph. p.* 3. Qui itaque Caeſaris animum metus occupare potuit? Qui pacta extorqueri poterant illi, qui non incolis tantum ſed et exteris regibus erat formidabilis? Tantum abeſt, vt ab exiguo Proteſtantium numero

Quorum argumenta refutantur I.) quod metu iniuſto ſit extorta.

Digitized by Google

mero ad incitas ferme redacto, ac omni ſubſidii ſpe prorſus orbato cogi potuiſſet? Opponis arma et exercitum Mauritii Saxon. Electoris, quem A. 1552. pro liberatione Haſſii, (cui data ſemel de liberatione fide turpiter poſtea denegabatur, RECHENB. *cit. diſſ.* §. 27. et THVAN. *l. c.*) et impedienda, quam Caeſar affectabat, Monarchia, eduxit. HORTLED. *l. c. l.* 5. *c.* 4. *n.* 23. BVRGOLD. *l. c. P.* 1. *d.* 1. §. 37. *ſq.* Sed, num fidem mereatur, Catholicos, vbique ferme, vti monui, victores, ac multitudine iſtum longe ſuperantes, illius metu perculſos pacem iniiſſe? Profecto fuiſſet hic metus admodum vanus, nec dignus, qui attenderetur. Vt taceam, MAVRITIVM biennio ante iſtam pacificationem A. 1553. in praelio ad Sivershuſam in Duc. Luneb. contra Albertum Brandenb. pugnantem poſt acceptum graue vulnus occubuiſſe. THVAN. *l.* 12. *p.* 357. Qui autem, armis A. 1555. quo pax tranſigebatur, vndique depoſitis, vis ſiue metus locum invenire poterat? Vt itaque potius dicendum, moram ipſius Pontificis in congregando concilio, eoque in Germania, quemadmodum Caeſari et ordinibus promiſerat, in cauſſa maxime fuiſſe, vt, alia commodiori controuerſias religionis decidendi via deficiente, ad hanc pacificationem ſtatus deſcenderint. Sed finge, arma Proteſtantium quid contribuiſſe ad iſtam pacem, memoriamque forſan refricuiſſe Caeſari anguſtiarum, quibus oenoponti ſe viderat conſtitutum, ex dictis tamen in *praec. cap.* ſufficienter conſtat, pacis conditiones fere ſemper inuitis dari, et a victoribus vi ac metu accipi, vt, quod dici ſolet, *minima de malis. Raro* namque *aequis ac integris viribus ad pacem peruenitur.* FOERSTNER. ad *ann. Tac. p.* 245. Iam vero recte ad Principes Proteſtantes applicanda tunc fuiſſe,

Digitized by Google

fuiſſe, quae alias ad liberas gentes omnes, conſtat argum. traditorum *in* §. 11. Sed cur tot verborum ambagibus Proteſtantium cauſſam peroro? Inſpiciant modo diſſentientes acta publica, hanc pacificationem quae praeceſſere, apud LEHM. *de P. R. lib.* 1. *per tot.* et niſi praeiudiciis plane occoecati ſint, confiteantur neceſſe eſt, *deliberatis animis* pacem eſſe compoſitam. Legant inſimul ipſas pacis tabulas, et luculenter illis conſtabit, non *vi aut metu*, ſed *libero* belligerantium *conſenſu* tranquillitatisque amore illam eſſe conditam. Quid enim clarius eſſe poteſt quam verba §. 13. *Solche nachdenckliche Vnſicherheit aufzuheben, der ſtände vnd vnterthanen gemüther wieder in Ruhe vnd vertrauen gegen einander zu ſtellen etc. haben wir uns mit den Churfürſten etc. vnd ſie ſich mit vns* VEREINIGET VND VERGLICHEN. Ne dicam in omnibus ferme inſecutis comitiis illam pacificationem eſſe confirmatam. vid. *R. I. de A.* 1557. §. 8. 59. §. 5. 66. §. 6. 82. §. 9. 94. §. 8. 1613. §. 4. et 1641. §. 15. Quid quod ipſi ſtatus Catholici in declarat. ſua ad MAXIM. II. Ratisbonae 1576. confeſſi ſunt, pacificationem iſtam *vnanimi conſenſu* omnium et ſine omni diſtinctione *abſolute* fuiſſe *ratificatum*. Qui itaque metus amplius obuerti poteſt, qui, ſi adfuiſſet, iam pridem per liberum conſenſum *ex poſt facto* fuiſſet ratificatus, iuxta tradita *in* §. *vlt. c.* 2. Conſenſus hic repetitus denuo eſt per pacem Weſtph. vbi per *art.* 5. §. 1. *pax religioſa in omnibus ſuis capitulis vnanimi Imperatoris, Electorum, Principum et ſtatuum conſenſu* rata *habetur. Non attenta cuiusuis ſiue eccleſiaſtici ſiue politici intra vel extra Imperium quocunque tempore interpoſita contradictione vel proteſtatione, quae omnes*

inanes

inanes et nihili declarantur I. §. 50. et nouiſſimis capitulationibus §. 2. vbi fuſius haec deprehendes. Caeterum conf. praeter iam adductos SCHVZIVM *vol. 2. d.* 4. §. 11. *lit. A.* CARPZ. *de L. R. G. c.* 3. *ſect.* 6. *n.* 10. NORDERMAN. *de iure Princip. concl.* 27. *lit. A.* LIMN. *iur. publ. l.* 1. *c.* 13. *n.* 19. add. inprimis WVRMSER. *ex. iur. publ.* 5. §. 2. vbi FR. BVRCARDO et OSTERMANNO ſolide reſpondet.

(II) Quod haeretici non ſit ſeruanda fides.

§. XII. Porro validitatem *pacificationis religioſae* dubiam facere tentant, ex eo, quod iuxta illos Euangelici ſunt *haeretici*, *quibus fides non ſit ſeruanda.* At facile hanc imputationem in Euangelicos deprehendo iniectam, nunquam vero probatam; quod ſi ſufficeret, eadem facilitate illa in eos retorqueri poſſet, quin imo etiam non leuibus demonſtrari argumentis. Clament quidam, *noſtram doctrinam eſſe diabolicam, eccleſiam Synagogam Satanae, nos eſſe nouatores, deceptores, Impoſtores, fures,* et quid non? (vid. IA[illegible]ORONESA, Monachus Caeleſtinus in *vita Lutheri* apud GOLDAST. *polit. imp. p.* 25. vbi nefandis Lutherum proſcindit conuitiis,) verba haec ſunt, fuerunt, eruntque praeterea que nihil, quamdiu nil probetur. Centies ac millies euomant hoc virus in Euangelicos, ſola tamen iſta inculpatione *haeretici* non fient, ſed manebunt calumniae, donec modis legitimis dicteria ſua probauerint. Prodeat in ſcenam, qui vere dicere poſſit, doctrinam noſtram ex *S. Codice* vnquam eſſe refutatam, quod tamen fieri deberet, cum ille norma ſit, ex qua vera religio omniſque haereſeos conuictio demonſtrari debet. Sed

Digitized by Google

Sed nec impoſterum hoc vnquam futurum, ſpem habemus tam certam ac indubitatam, quam certa ſunt ac immota ipſamet ſacra oracula hoc in Codice contenta. Indicium ſane malae cauſae eſt, quod pontificios non ſemel poenituerit ex ſacro hoc fonte nobiscum in arenam deſcendiſſe. conf. teſtimonia ipſorum hac de re exhibentem LVD. de MONTE SPERATO *in vindic. pac. Oſnabr.* §. 8. *n.* 45. *ſq.* Lux namque ille eſt, omnes illuminans tenebras; hinc auctoritatem illius viliperdere coeperunt, qui non rationibus, ſed conuitiis certandum eſſe credidere; quid quod nonnulli eo prolapſi ſunt proteruiae, vt S. Scr. ceu pernicioſam iſtis temporibus, ex eccleſia plane exterminandam duxerint. vid. DIETERICI *inſt. catech.* HVTTER. aliosque ad *locum de S. Scr.* Meras itaque has eſſe calumnias, manifeſtum eſt. Quam iniqua porro eſt iſta opinio et hereſis, quod hereticis deneganda ſit fides? vid. quae pluribus pro demonſtranda abſurditate illius dogmatis diſſerui *cap. praec.* §. 13. Hoc tantum addo, cum Euangelici nunquam pro hereticis ab Imperio ſint declarati, ſed potius per pacem Rel. approbati, nil nocere iis poſſe iſtam imputationem, certum eſt; tantum abeſt, vt inde exceptio contra validitatem pacificationis ibique ſtabilitam libertatis conſcientiam, locum inuenire poſſit. conf. pluribus *Iuſti* MAYERI quaeſt. *ſintne Proteſtantes iure Caeſareo heretici, contra ſanguinarium Caſp.* SCIOPPII *claſſicum ſacrum Arg.* 1621. 4.

§. XIII. Sed videamus breuibus adhuc, num Pontificis proteſtatio ob non adhibitum eius conſenſum validitati pacis noſtrae obſtet? Et facile quis videt, illam plane eſſe inanem. Quid enim Praeſul iſte Romanus cum noſtro Imperio? Equidem, quia de religione agebatur, ſine eo iſtam pacificationem nulla ratione poſſe conualeſcere putabat; agi ſiquidem de minuenda ſua autoritate; iurisdictionem ſuam ac Epiſcoporum Romanenſium ſuſpendi, multaque alia in ſuum fieri praeiudicium. *(III) Inanis Pontificis proteſtatio ob non adhibitum eius conſenſum.*

diuino impulſus ſpiritu aſſurgere incipiebat, publicis contra eos Wittebergae 1517. affixis theſibus, ab OSIANDRO *cent.* 16. *p.* 45. *ſeqq.* exhibitis. conf. SLEID. *l.* I. AD. RECHENBERG. in cit. *D. de ſtat. rel. in Germ. inter eius diſſ. hiſt. pol. P.* 2. *p.* 362. §. 6. Tantum vero aberat, vt Pontifex hoſce emendaret abuſus, vt potius praeter omnem ſpem hoc B. viri iuſto irritatus zelo A. 1520. excommunicationis fulmen in eum vibraret, ſcriptaque eius exuri mandaret. vid. *T. I. Ien. f.* 259. *ſeqq.* Qui procedendi modus, fatente ipſo *Eraſmo*, prorſus indignus homine chriſtiano, mouit Lutherum, vt, dum nil minus intendiſſet, quam Rom. ſedis excutere iugum, teſte SVRIO Monacho Colonienſi, opus reformationis maiori zelo aggrederetur, plurimosque eorum errores ex ſacro detegeret fonte, RECHENB. *l. c.* §. 7. eoque quamplurimis, ſub eo miſere degentibus, oculos aperiret (*), qui vna cum eo illos agnoſcentes, puriorem doctrinam, poſtliminio quaſi reſtitutam, arripere, ac Papae obſequium denegare incipiebant. conf. SCHWEDER. *cit. D. de pac. rel. perp. et conſt.* §. 4. MELANCHTH *de Actis Lutheri*, THVAN. *l.* I. GVICCIARD. *l.* 13. *hiſt.* MONZAMB. *de ſtat. Imp. Germ. c.* 5. §. 9. ibique THOMAS. AB. SCHVLTET. *annal. Euang. Dec.* I. *ſq.* Quo ipſo cum Pontificis regnum, quem inſatiabilis ambitio ſuper omnes euexerat Principes chriſtianos, immane quantum debilitaretur, non poterant non ab eo et aſſeclis aſſiduae excitari turbae atque motus. Vnde naſcebantur tam

(*) Ipſi Imp. MAXIMILIANO I. non diſplicuiſſe Lutheri doctrinam, ex eo iudcari poteſt, quod dixerit: *Man ſolte den Munch paſſiren laſſen, er wurde wohl nutzlich zu gebrauchen ſeyn.*

tam diſpares inter Imperii caput eiusque membra affectus. Exulabat arctior inter eos coniunctio et confidentia: creſcebant ſimultates, corpore Reip. in duas diſſecto partes; deferebatur res ad Comitia Wormatienſia a. 1521. vbi Lutherus proſcribebatur, eiusque doctrina ceu erronea a Pontificiis publico *decreto*, apud GOLD. *T.* I. *f.* 441. reiiciebatur, vid. *T. I. Ien. f.* 456-464. SLEIDAN. *l.* 3. THVAN. *l.* 1. confirmato in ſecutis comitiis Norib. 1524. Sed cum id a *iudice* factum *ſuſpecto*, fauentes Luthero ſtatus ad liberum prouocabant concilium. SLEIDAN. *l.* 4. Ne autem interea augerentur turbae, An. 1526. Spirae tranſigebatur, vt quilibet vsque ad illud tempus in ditione ſua ita ſe gereret, vt rationem Deo et Imperatori reddere poſſet. Verum harum induciarum fructus mox expirabant. Frementibus namque quotidie Pontificiis, Imperator A. 1529. Wormatienſe Edictum Spirae renouabat, Lutheranisque iniungebat, vt non aliam quam veterem profiterentur religionem, addita ratione ad caſum religionis plane non quadrante, *quod moribus ſit receptum, vt quod maior Ordinum Imp. pars ſanciuerit, paucis quibusdam reſcindere non liceat.* BVRGOLD. *ad Inſtr. Pac. P. I. D.* 1. §. 2. Contra quod mandatum cum ſolenni proteſtatione ſe munirent Lutherani, nomen *Proteſtantium* obtinebant. vid. HORTL. *T. l. c.* 4. SLEID. *l.* 6. CHYTRAEVS *l.* 12. *p.* 365. RECHENB. *prael. hiſt. P.* 3. *c.* 7. *§.* 6. *et cit. D.* §. 15. THVAN. *l.* 1. *p.* 26. STRAVCH. *Diſſ. exot.* 7. SCHILTER. *de L. E. G. l.* 7. *c.* 4. *et de P. R. c.* 2. BVRGOLD. *l. c.* Probe itaque intelligentes, inprimis cum et oblata in comitiis Auguſt. confeſſio fuiſſet damnata, CHYTRAEVS *in hiſt. Aug. conf.* et CAELESTINVS *de comit. Aug.* actum eſſe de conſcientiarum liberta-

Edictum Wormat. A. 1521.

renouatum Spirae 1529.

nomen Proteſtant.

Foedus Schmalcald.

bertate, maleque ſecuritati ſuae fore conſultum, pro ea tuenda contra Pontificiorum inſidias *Smalkaldiae* 1530. icerunt foedus defenſiuum an. 1536. ad decennium renouatum. CAMERAR. *de bello Smalc.* SLEID. *l.* 7. RECHENB. Diſſ. *de rel. arm. def.* §. 19. Quod tanquam illicitum damnabant BVRCARDVS in *autonom.* SVRIVS, QVETTA, AVILA et NAT. COMES, refutati a COLERO *de Iure Imp. Germ. concl.* 73. *ſq.* ZIERIZIO *in apol. pro foed. Schmalc.* IAC. BRVNNEM. *de foederibus ſtat. imp.* §. 30. BVRGOLD. *ad inſtr. pac. P.* 1. *D.* 1. §. 21. Interim frequenter res in comitiis tractabatur, induciaeque religioſae ad certum condebantur tempus. vid. SCHILTER *de P. R. c.* 1. §. 7. *et c.* 2. per tot. Inter quas memorabiles ſunt de A. 1532. Noribergae initae apud HORTL. *l.* 1. *c.* 10. vbi et primarii autores, qui de iis agunt, fuſe memorantur. MAIMBOVRG. *hiſt. Lutheran. l.* 3. *ſ.* 4. *in fin. Talis*, inquit, *fuit pax Noribergenſis, quae Lutheranis Proteſtantibus libertatem conſcientiae ad tempus, ſiue (vt dici ſolet) per modum proviſionis peperit.* LEHM. *de P. R. l.* 1. *c.* 1. GOLDAST. *T. I. p.* 511. SCHILTER. *d. c.* 2. §. 16. Hae tamen induciae impedire non potuerunt, quo minus odium iſtud vtramque inter partem indies creſceret, diſſidiaque tamdiu gliſcerent, donec inſtinctu maxime Auiae Rom. in *apertum bellum*, quod Lutheri aſſiduis precibus Deus hactenus auerterat, Turcarum irruptiones, aliaque impedimenta obuertendo, ſtatim poſt eius fata 1546. ſub *Schmalcaldici* nomine notum rumperet. De quo vid. omnino HORTLED. in incomparabili opere *de Bell. Schmalc.* CAMERAR. *comment. graeca de hoc bello cum lat. verſione et ſupplemento Sim. Steinii* apud FREHERVM *T.* 3. *p.* 387. *ſeqq.* add. THVAN. *hiſt. ſui temp.* SLEIDAN. *de ſtatu relig.* PVFEND. *de*

variae induciae religioſae.

quas tandem ſecutum bellum Schmalcald.

Digitized by Google

de rebus Suec. l. 1. et quos citat SCHWEDER. *laud. diſſ.* §. 5. *in fin.*

§. X. Belli huius *iuſtitiam* ratione Proteſtantium in dubium vocabant non pauci; (vid. ſcripta apud HORTL. *T.* 2. *l.* 1.) quin imo inter ipſos Proteſtantes permulti haerebant, (inter quos ipſe MELANCHTHON apud HORTL. *T.* 2. *l.* 1. MATTH. RAZENBERGER. *ibid. c.* 13. aliique apud GOLD. *Pol. imp. P.* 31.) *num arma eſſent aduerſus Caeſarem, ſi eos inuaderet, capienda?* quam in rem et Theologorum et Politicorum conquirebantur conſilia, quorum plerique id defendebant, aſſerentes, iuſtam conſcientiae libertatis defenſionem adeo eſſe naturalem, vt nullis illi derogari poſſet legibus. GOLD. *l. c.* Et *recte*; nam licet iuxta monitum PAVLI *ad Rom. XIII.* ſuperiori ſit obtemperandum, illud tamen vlterius, quam ius ſuperioris permittit, extendi nequit. Iam vero coactionem circa fidem nullo iure ſuperiori competere, iam ſupra fuſius *c.* 1. *§.* 6. *ſeqq.* fuit oſtenſum. Notum eſt illud, impune obſequium denegari ei, qui ſupra iuriſdictionem vult ius dicere, *l. f. π. de iuriſd.* Egregia ſunt hanc in rem verba BVGENHAGII, (qui primus ex theologis defenſionem religionis contra Caeſarem admiſit) apud HORTL. *l. c. p.* 64. *n.* 1. *ſqq.* quae huc apponere lubet: *Der Kaiſer*, ſagt er, *iſt nicht Richter, oder Ober-Herr in dieſer Sache, ſondern Gottes Wort; In dem, das er Kaiſer iſt, wollen wir ihm in allen dingen gehorſahmen, noch mehr, denn andere; und wie Chriſtus lehret: gebet dem Kaiſer, was des Kaiſers iſt; aber in den ſtücken, die Gott zugehören, iſt er nicht Kaiſer, noch Oberherr; Er ſoll es auch nicht begehren; Er iſt auch nicht dazu von uns angenommen; niemand hat ihm darin-*

De cuius iuſtitia a nonnullis dubitatum.

Sed recte defenditur.

Digitized by Google

tenderet; quid magis iuſtum, quam vt armis arma repulſarent? Manet namque hoc: *Caeſari parendum, ſed vsque ad aras.* PVFEND. *l. c.* ALB. GENTILIS *de iure Bell. l.* I. *c.* 9. RECHENB. cit. *diſſ.* §. 9. *ſqq.* §. 17. *ſeq. et* §. 21. 32. conf. SYRING. *de P. R. c.* 3. *in fin.* vbi in hunc modum Magnum ICtum refert conſuluiſſe ciuitati Hagenauienſi, cum binis reſcriptis religionis exercitio Caeſar eam interdixiſſet. Exhibet iſtud conſilium 1566. datum LEHM. *de P. R. l.* 3. *c.* 47. Quoties itaque haec duo praecepta: *obtempera Deo;* et, *obtempera ſuperiori;* inter ſe pugnant, poſterius cedere debet priori. Id quod iuri Nat. omnino conforme eſt, vtpote iuxta quod in colliſione duorum officiorum fortius ſuperat ſemper minus forte. GROT. *l.* I. *c.* I. §. 10. ZIEGLER. *ad.* LANCELL. *l.* I. *tit.* 2. Sic v. gr. parentes non ſunt laedendi; ſed ſi fiunt hoſtes patriae, impune laeduntur. *l.* 35. *de relig. et ſumt. fun.* Degenerato itaque Imp. ex patre patriae in hoſtem, nexum, quo alias ei erant obſtricti, optimo iure liberabantur Proteſtantes. HORTL. *c.* 2. Accedit, quod maxime circa hanc rem attendendum, Remp. Imp. eſſe mixtam, cuius partem Proteſtantes quoque conſtituunt, hincque Caeſari non licere pro lubitu agere, inprimis in *cauſſis religionis*, ad quas, vt ſupra §. *praec.* iam monui, neutiquam quadrat, vt, quod maior pars ordinum Imp. ſanciuit, paucis quibusdam reſcindere non liceret. conf. BVRGOLD. *l. c. P.* 2. *d.* 5. *per tot.* CONRING. *ad Lampad. P.* 3. *c.* 21. §. 13. SCHILTER. *de P. R. c.* 3. §. 15. *ſeq.* HVGO *de ſtatu rel. germ. c.* 3. §. 47. RECHENB. *cit. diſſ.* §. 17. *i.* §. 21. *ſqq.* ZENTGRAV. *de libert. rel.* §. 2. His omnibus ſpretis, cum nihilominus Caeſar arma contra Proteſtantes arriperet,

Digitized by Google

riperet, non poterant non ſe defendere. Dei enim agebatur cauſſa.

contra pacem religioſam inepte exceptio metus iniuſti opponitur.

§. XI. Demonſtrato itaque, rectius arma contra Caeſarem Pontificiosque fuiſſe arrepta, eo quod *religionis intuitu in naturalem ſoluti eſſent ſtatum*, nulloque amplius, durante bello, iuncti vinculo, per ſe patet, contra factam A. 1552. *transactionem Paſſauienſem*, indeque ſecutam Auguſt. Vind. a. 1555. *pacem religioſam*, exceptionem *metus iniuſti* locum habere neutiquam poſſe, ſed huc omnino applicanda eſſe, quae *praec. cap.* de liberis gentibus tradidi. Vana itaque fuit temeritas quorundam Pontificiorum, qua conuentionem hanc publicam impugnare, catholicosque inde obligari neutiquam poſſe publicis ſcriptis clamabant, quorum praecipuos hic recenſere lubet. Maximas turbas ciebat quidam nomine FRANCISC. BVRCARDI cancell. Colonienſis abutens *autonomia ſua, ſiue von freyſtellung mehrerley religion* München. 1586. 93. et 1601. 4. Verum libri autorem putant alii A. GAILIVM. Alii A. ERSTENBERGERVM, vid. PETR. RIBADENEIRA *l. 1. de Princip. c. 16. f.* 182. Alii vtrumque. conf. WAHR. AB EHRENBACH *de foeder. l. 2. c. 2. p.* 222. CONRING. *ad Lampad.* Alii *Ieſuitas* colonienſes eius autores faciunt. vid. FLACCIVS *Th. An. et Pſ. p.* 145. Quisquis ſit, ſcriptum hoc magno excipiebatur a catholicis applauſu. Fruſtranea tamen iſta eſſe iubila, ex Proteſtantibus multi oſtenderunt. Quae Saxones illi oppoſuerunt, extant ſub *tit. Des H. R. Reichs Augapfel*, contra quod rurſus promulgabatur aliud: *Wer hat das kalb ins aug geſchlagen?* *De Dommareini* van DISSINGAV et

Scriptores Pontificii eam impugnantes.

A. B.

A. B. *de* GODENTIIS ſcriptis, autori autonomiae oppoſitis, vid. STRVV. *in Bibl. iur. c.* 16. §. 38. vbi et de aliis pacis impugnatoribus SCIOPPIO et *Ieſuitis Dillingenſibus.* His adde OSTERMANNVM *in diſp. cam.* 8. *G. F. de* BVCKISCH. et *Ern. de* EVSEBIIS, contra quem tamen vid. CONRING. *infra* §. 17. *cit* et ex ipſis catholicis *Cur.* a LOBCOWITZ *in pace S. I. R. licita*, Viennae 1649. tertium edita f. Agedum, examinemus eorum argumenta. Praecipuum eſt, quod *vi metuque* ab imperatore et ſtatibus Catholicis eam dicunt extortam. At, qui vel leui rerum tunc temporis geſtarum notitia tinctus eſt, falſitatem illius aſſerti facile intelliget. Quis enim neſcit potentiam Caeſaris, qui, proſtratis Proteſtantium firmiſſimis fulcris, veluti triumphator Auguſtam Vind. intrauit, teſtibus ipſis catholicis. THVAN. *l.* 4. IOVIVS *l.* 45. *hiſt. in f.* add. inprimis GEORG. SCHERER. *f.* 101. vbi in Caeſarem inuehitur, quod victoria ſua non melius fuerit vſus, ſicque concludit: *Denn da Ihr Maj. die victorie proſequirt, und den religions-frieden nicht wieder angerichtet, würde es viel beſſer um die cath. Religion ſtehen.* Sic namque Saxon. Elect. Haſſiaeque Landgrauius tenebantur captiui. THVAN. *l.* 21. Nec minus potentiam ipſius veritae potentiſſimae imp. ciuitates praeter Bremam et Magdeburgum ad vnam omnes defecerant. SYRING. *de P. R. c.* 2. *p.* 23. LEHM. *l.* 3. *c.* 35. *p.* 342. *clementiae imperiali ſecuritatem ſuam acceptam ferentes*, verba ſunt ADAMI, itidem ſcriptoris catholici, *in rel. hiſt. de pac. Weſtph. p.* 3. Qui itaque Caeſaris animum metus occupare potuit? Qui pacta extorqueri poterant illi, qui non incolis tantum ſed et exteris regibus erat formidabilis? Tantum abeſt, vt ab exiguo Proteſtantium numero

Quorum argumenta refutantur I.) quod metu iniuſto ſit extorta.

Digitized by Google

mero ad incitas ferme redacto, ac omni ſubſidii ſpe prorſus orbato cogi potuiſſet? Opponis arma et exercitum Mauritii Saxon. Electoris, quem A. 1552. pro liberatione Haſſii, (cui data ſemel de liberatione fide turpiter poſtea denegabatur, RECHENB. *cit. diſſ.* §. 27. et THVAN. *l. c.*) et impedienda, quam Caeſar affectabat, Monarchia, eduxit. HORTLED. *l. c. l.* 5. *c.* 4. *n.* 23. BVRGOLD. *l. c. P.* 1. *d.* 1. §. 37. *ſq.* Sed, num fidem meretur, Catholicos, vbique ferme, vti monui, victores, ac multitudine iſtum longe ſuperantes, illius metu perculſos pacem iniisſe? Profecto fuiſſet hic metus admodum vanus, nec dignus, qui attenderetur. Vt taceam, MAVRITIVM biennio ante iſtam pacificationem A. 1553. in praelio ad Siverſhuſam in Duc. Luneb. contra Albertum Brandenb. pugnantem poſt acceptum graue vulnus occubuiſſe. THVAN. *l.* 12. *p.* 357. Qui autem, armis A. 1555. quo pax tranſigebatur, vndique depoſitis, vis ſiue metus locum invenire poterat? Vt itaque potius dicendum, moram ipſius Pontificis in congregando concilio, eoque in Germania, quemadmodum Caeſari et ordinibus promiſerat, in cauſſa maxime fuiſſe, vt, alia commodiori controuerſias religionis decidendi via deficiente, ad hanc pacificationem ſtatus deſcenderint. Sed finge, arma Proteſtantium quid contribuiſſe ad iſtam pacem, memoriamque forſan refricuiſſe Caeſari anguſtiarum, quibus oenoponti ſe viderat conſtitutum, ex dictis tamen in *praec. cap.* ſufficienter conſtat, pacis conditiones fere ſemper inuitis dari, et a victoribus vi ac metu accipi, vt, quod dici ſolet, *minima de malis. Raro* namque *aequis ac integris viribus ad pacem peruenitur.* FOERSTNER. ad *ann. Tac. p.* 245. Iam vero recte ad Principes Proteſtantes applicanda tunc fuiſſe,

Digitized by Google

fuiſſe, quae alias ad liberas gentes omnes, conſtat argum. traditorum *in* §. 11. Sed cur tot verborum ambagibus Proteſtantium cauſſam peroro? Inſpiciant modo diſſentientes acta publica, hanc pacificationem quae praeceſſere, apud LEHM. *de P. R. lib.* 1. *per tot.* et niſi praeiudiciis plane occoecati ſint, confiteantur neceſſe eſt, *deliberatis animis* pacem eſſe compoſitam. Legant inſimul ipſas pacis tabulas, et luculenter illis conſtabit, non *vi aut metu*, ſed *libero* belligerantium *conſenſu* tranquillitatisque amore illam eſſe conditam. Quid enim clarius eſſe poteſt quam verba §. 13. *Solche nachdenckliche Vnſicherheit aufzuheben, der ſtände vnd vnterthanen gemüther wieder in Ruhe vnd vertrauen gegen einander zu ſtellen etc. haben wir vns mit den Churfürſten etc. vnd ſie ſich mit vns* VEREINIGET VND VERGLICHEN. Ne dicam in omnibus ferme inſecutis comitiis illam pacificationem eſſe confirmatam. vid. *R. I. de A.* 1557. §. 8. 59. §. 5. 66. §. 6. 82. §. 9. 94. §. 8. 1613. §. 4. et 1641. §. 15. Quid quod ipſi ſtatus Catholici in declarat. ſua ad MAXIM. II. Ratisbonae 1576. confeſſi ſunt, pacificationem iſtam *vnanimi conſenſu* omnium et ſine omni diſtinctione *abſolute* fuiſſe *ratificatum.* Qui itaque metus amplius obuerti poteſt, qui, ſi adfuiſſet, iam pridem per liberum conſenſum *ex poſt facto* fuiſſet ratificatus, iuxta tradita *in §. vlt. c.* 2. Conſenſus hic repetitus denuo eſt per pacem Weſtph. vbi per *art.* 5. §. 1. *pax religioſa in omnibus ſuis capitulis vnanimi Imperatoris, Electorum, Principum et ſtatuum conſenſu* rata *habetur. Non attenta cuiusuis ſiue eccleſiaſtici ſiue politici intra vel extra Imperium quocunque tempore interpoſita contradictione vel proteſtatione, quae omnes*

inanes

Digitized by Google

inanes et nihili declarantur I. §. 50. et nouiſſimis capitulationibus §. 2. vbi fuſius haec deprehendes. Caeterum conf. praeter iam adductos SCHVZIVM *vol. 2. d.* 4. §. 11. *lit. A.* CARPZ. *de L. R. G. c.* 3. *ſect.* 6. *n.* 10. NORDERMAN. *de iure Princip. concl.* 27. *lit. A.* LIMN. *iur. publ. l.* 1. *c.* 13. *n.* 19. add. inprimis WVRMSER. *ex. iur. publ.* 5. §. 2. vbi FR. BVRCARDO et OSTERMANNO ſolide reſpondet.

(II) *Quod haereticis non ſit ſeruanda fides.*

§. XII. Porro validitatem *pacificationis religioſae* dubiam facere tentant, ex eo, quod iuxta illos Euangelici ſunt *haeretici*, *quibus fides non ſit ſeruanda.* At facile hanc imputationem in Euangelicos deprehendo iniectam, nunquam vero probatam; quod ſi ſufficeret, eadem facilitate illa in eos retorqueri poſſet, quin imo etiam non leuibus demonſtrari argumentis. Clament quidam, *noſtram doctrinam eſſe diabolicam*, *eccleſiam Synagogam Satanae*, *nos eſſe nouatores*, *deceptores*, *Impoſtores*, *fures*, et quid non? (vid. IAC. MORONESA, Monachus Caeleſtinus in *vita Lutheri* apud GOLDAST. *polit. imp. p.* 25. vbi nefandis Lutherum proſcindit conuitiis,) verba haec ſunt, fuerunt, eruntque praetereaque nihil, quamdiu nil probetur. Centies ac millies euomant hoc virus in Euangelicos, ſola tamen iſta inculpatione *haeretici* non fient, ſed manebunt calumniae, donec modis legitimis dicteria ſua probauerint. Prodeat in ſcenam, qui vere dicere poſſit, doctrinam noſtram ex *S. Codice* vnquam eſſe refutatam, quod tamen fieri deberet, cum ille norma ſit, ex qua vera religio omnisque haereſeos conuictio demonſtrari debet.

Sed

Digitized by Google

Sed nec impoſterum hoc vnquam futurum, ſpem habemus tam certam ac indubitatam, quam certa ſunt ac immota ipſamet ſacra oracula hoc in Codice contenta. Indicium ſane malae cauſae eſt, quod pontificios non ſemel poenituerit ex ſacro hoc fonte nobiſcum in arenam deſcendiſſe. conf. teſtimonia ipſorum hac de re exhibentem LVD. de MONTE SPERATO *in vindic. pac. Oſnabr.* §. 8. *n.* 45. *ſq.* Lux namque ille eſt, omnes illuminans tenebras; hinc auctoritatem illius vilipendere coeperunt, qui non rationibus, ſed conuitiis certandum eſſe credidere; quid quod nonnulli eo prolapſi ſunt proteruiae, vt S. Scr. ceu pernitioſam iſtis temporibus, ex eccleſia plane exterminandam duxerint. vid. DIETERICI *inſt. catech.* HVTTER. aliosque ad *locum de S. Scr.* Meras itaque has eſſe calumnias, manifeſtum eſt. Quam iniqua porro eſt iſta opinio et hereſis, quod hereticis deneganda ſit fides? vid. quae pluribus pro demonſtranda abſurditate illius dogmatis diſſerui *cap. praec.* §. 13. Hoc tantum addo, cum Euangelici nunquam pro hereticis ab Imperio ſint declarati, ſed potius per pacem Rel. approbati, nil nocere iis poſſe iſtam imputationem, certum eſt; tantum abeſt, vt inde exceptio contra validitatem pacificationis ibique ſtabilitam libertatis conſcientiam, locum inuenire poſſit. conf. pluribus *Iuſti* MAYERI quaeſt. *ſintne Proteſtantes iure Caeſareo heretici, contra ſanguiniarium Caſp.* SCIOPPII *claſſicum ſacrum Arg.* 1621. 4.

§. XIII. Sed videamus breuibus adhuc, num Pontificis proteſtatio ob non adhibitum eius conſenſum validitati pacis noſtrae obſtet? Et facile quis videt, illam plane eſſe inanem. Quid enim Praeſul iſte Romanus cum noſtro Imperio? Equidem, quia de religione agebatur, ſine eo iſtam pacificationem nulla ratione poſſe conualeſcere putabat; agi ſiquidem de minuenda ſua autoritate; iuriſdictionem ſuam ac Epiſcoporum Romanenſium ſuſpendi, multaque alia in ſuum fieri praeiudicium,

(III) Inanis Pontificis proteſtatio ob non adhibitum eius conſenſum.

Digitized by Google

Scriptores de eius vſurpatione in imperium.

cium. vid. LEHM. *l.* 3. *c.* 35. *quaeſt.* 11. *p.* 360. *ſqq.* Vnde immani faſtu ac vix audita inſolentia in Caeſarem invehebat. conf. SLEID. *l.* 26. *in f.* P. SVAVIS *hiſt. Concil. Trid. l.* 5. *p.* 449. SCHWEDER. *D. de conſtant. pac. rel.* §. 29. add. ATHANASII cuiusdam ſcriptum apud GOLD. *Pol. Imp. p.* 25. Verum vana ſine iure et viribus ira. Quo enim iure id poſtulare poterat Pontifex? Quoties haec praetenſa ipſius poteſtas illi fuit reprobata? conf. VLR. ab HVTTEN *iudicium, quomodo vnoquoque tempore Pontifices Rom. erga Imperatores ſeſe geſſerint*, vbi integrum catalogum ſcelerum Paparum in Imperium nectit. Nota quoque ſunt, quae LVDOVICI *Bauari* temporibus 1338. ideo fuerint decreta, apud GOLD. *T. I. f.* 335. *ſqq.* et *in Polit. imp. p.* 4. *n.* 3. add. GVNTHER *in Ligurino*, cuius verba exhibentur in *Gundlingianis f.* 17. *p.* 186. *ſq.* AVENTIN. *in ann. Boiic. l.* 8. *Sächſiſche Kayſer-Kron p.* 146. Dn. SCHWEDER. *in iur. publ. p. ſp.* 1. *c.* 2. §. 25. et *cit. d. p.* 57. ibique citati. Adhaec ſexcenta proſtant ſcripta vſurpationem pontificum in imperium demonſtrantia apud diligentiſſimum eorum collectorem GOLDAST. *in Tomis II. de Monarchia imp.* cum quibus conf. *ſyntagma tractatuum de imperii iurisdictione, auctoritate et praeeminentia* etc. a SIM. SCHARDIO collectum Baſil. 1566. f. recuſ. Arg. 1609. Quae in ſingulis collectionibus contineantur, vid. apud STRVV. *Bibl. iur. c.* 14 §. 47. Egregia quoque ſunt, quae contra iſtam papae in imperium arrogantiam ſcripſit G. S. SELDIVS *in conſilio ſuper attento Pii V. contra electionem Imperatoris iniquiſſimo* add. DISSINGAV. *in der inform. von der autonomia c.* 12. *ſq.* Vrgebat maxime pontifex, curam ſacrorum omnem ad ſe tanquam Chriſti vicarium pertinere, ideoque non potuiſſe Principes imp. de ea per pacem relig. diſponere. Sed hoc merum epiſcopi Rom. eſſe commentum, ſaepius a DD. fuit oſtenſum. vid. praeter iam citatos SCHWEDER. *cit. D.* §. 30. GROT. *de imp. ſummar. poteſt. circa ſacra, Alex.* IRVINVS *de iure regni*, van DIS-

et ius circa ſacra.

Digitized by Google

DISSINGAV *l. c. c.* 8. Latius inſignique doctrina id perſecutus eſt BEN. CARPZOVIVS ſub nomine *Lud. de* MONTESPERATO *l. c.* §. 29. *ſqq.* qui omnino legi meretur. conf. et LEHM. *l. c. c.* 45. SCHILTER. *de L. E. G. l.* 7. *c.* 6. §. 13. *ſq. et l.* 6. *c.* 7. §. 6. Nil itaque certius eſt, quam vt non obſtantibus vel Pontificis vel cuiusuis alius oblocutionibus firma ac inconcuſſa maneat haec pacificatio, inprimis cum per publicas imp. conſtitutiones eae non ſemel fuerint interdictae per textus *ſupra* §. 12. *in fin.* adductos. add. Dn. Dr. HOFFMANN. in D. *de ratione interpretandi LL. Imp. R.* Lipſ. habita, *c.* 3. §. 5.

Noua Periodus, qua ordines imp. in ſtatum nat. reciderunt.

§. XIV. Progredior ad *aliam periodum* Germaniae funeſtam, qua ordines Imp. *iterum* in ſtatum naturalem recidiſſe dicendum erit. Nam licet in pace iſta religioſa liberum religionis exercitium ita videretur ſtabilitum, vt nunc pacata omnia credidiſſes, nec Germanos amplius in propria ruituros eſſe viſcera; Catholici tamen nullam omiſerunt occaſionem, ſaluberrimam hanc conſtitutionem, quae pro *Palladio Germaniae* habebatur, multis modis perforandi. conf. *Treuherzige Erinnerungen eines teutſchen Patrioten an die Stände des Reichs Augſpurg. Confeſſion von der Papiſten Practic und Anſchlägen*, adde, qui grauamina ſtatuum plena manu collegit, LEHMANN. *l.* 2. *per tot.* Erant quippe animi pleni rancoris odiique contra diuerſa ab iis ſectantes ſacra indies magis magisque accenſi per varia nonnullorum tranquillitatis oſorum ſcripta, claſſicum belli ſacri canentia. Inter quae noti ſunt verſus illi ſanguinolenti a *Ieſuita* quodam in comitiis Auguſtanis 1591. affixi:

Occaſio illius. Variae Catholicorum infractiones pac. rel.

Qua ratione queat Germania ſalua manere,
Suſcipe conſilium, Lector amice, meum;
Vtere iure tuo, Caeſar, ſeruosque Lutheri
Enſe, rota, ponto, funibus, igne neca.

Sssss 2 vid.

vid. BVRGOLD. *l. c. P. I. D.* 1. *p.* 8. Vnde naſcebantur motus cum Gebhardo Archi-Ep. Colonienſi A. 1582. de quibus vid. acta apud LEHM. *l. c. l.* 3. *c.* 10. *ſqq.* Turbae circa electionem Archi-Ep. Argentoratenſis A. 1592. Proſcriptio ciuitatis Aquisgranenſis 1593. cuius tamen executio ſuſpendebatur, itemque Donawerdae 1607. aliaque apud LEHM. *l. c.* add. BVRGOLD. *l. c.* §. 51. *ſqq.* Mox ſequebantur A. 1609. controuerſiae in ſucceſſione Iuliacenſi. Quo tempore cum Proteſtantes omnino haberent, quod metuerent Romanenſium inſidias et oppreſſiones, inprimis cum iuſtitia fere omnis in Germania exularet, omniaque vertendi turbandique graſſaretur licentia, teſte ADAMO *rel. de Pac. Weſtph. c.* 10 contra eas ſe munire coeperunt, icto iterum, (vti praecedenti ſeculo Schmalcaldiae, vid. §. 10) foedere defenſiuo Halae Sueuorum 1610. cui Catholici Herbipoli ligam ſuam opponebant. Ex his quisque facile nouam belli flammam praeſagiebat, quae et dein poſt 8. annos in maximam Germaniae deuaſtationem in *Bohemia* erumpere coepit. Attamen cum bellum iſtud omnes nondum afficere Proteſtantes videretur, ſed pro obtinenda, quam ſibi maiori iure, ac FRIDERICO V. competere credebat FERDINANDVS II. Imp. corona Bohemica geri diceretur, (conf. GOLDAST. *de regno Bohem.* nuper cura I. H. SCHMINCKII recuſo) 1624. bellum ſucceſſibus deuolueretur in Saxon. infer. Danusque liberationem eius intendens inſimul implicaretur; reliqua tamen Germaniae pars, quaſi Ioſephi damnum ad ſe nil pertineret, adhuc tranquilla manebat, donec tandem Imperator famoſo illo *Edicto Reſtitutorio* de An. 1629. aliisque propria auctoritate contra pacem relig. factam deciſionibus, quas per Commiſſarios ſuos vbique exequi iubebat, BRACHEL. *l.* 3. *Hiſt p.* 185. *ſq.* quo animo in Proteſtantes eſſet, ſufficienter declaraſſet. Tunc ad quemuis veluti vox iſta ſpectare videbatur: AD ARMA! AD ARMA! HANNIBAL ANTE PORTAS. Hinc ad conuocationem Saxonis A. 1630.

Vnde foedus defenſiuum Halae Sueuor. initum.

quod poſt Edictum Ferdinandi reſtitutorium ſequebatur bellum German.

Digitized by Google

1630. Lipſiae magno numero confluebant Principes Proteſtantes, vbi decreto, iuſte arma pro defenſione LL. et patriae capi, bellum per totam Germaniam diffundebatur, ſuccurrente in auxilium Rege Sueciae. PVFENDORF. *de rebus geſt. Suec. l.* 1. CHEMNIT. *de bello Suec.* RECHENBERG. *cit. diſſ.* §. 30. *ſqq.*

§. XV. Et hoc ſane erat iſtud tempus, quo ſtatus iterum in *naturalem* recidiſſe videbantur *libertatem*. Qui enim tamquam ciues vnius Reip. amplius conſiderari poterant, quorum altera pars miſere afflicta atque oppreſſa, ſuperiorique ac iure in Conſilio Imperatoris aulico deſtituta erat? Nam cum ſileant LL. nullaque amplius ex ciuili ſocietate LL. ac iudiciorum ſuppetant praeſidia, quid magis naturale, quam vt ita *ſtatus naturalis* incipiat, et propriis viribus ſibi quisque ius dicat? GROT. *l.* 2. *c.* 2. *et l.* 3. *c.* 2. COCCEII *Irp. publ. c.* 23. *ſ.* 1. *n.* 29. *Obſeru. Hall. T.* 6. *obſ.* 31. *lit.* (*m*). Id quod ipſos Imperatores approbaſſe, temporeque diffidationum, quoties iuſtitia denegata erat, bella ſtatuum legitima pronunciaſſe, ſupra §. 6. audiuimus. Imo ipſo hoc belli tempore hunc eorum ſtatum naturalem Caeſar agnoſcere videbatur, admittendo legatos ordinum belligerantium. Quae cum ita ſint, omnino et ad hunc Germaniae ſtatum applicanda erunt tradita *in praec. cap.* Ex hoc ſtatu naturali reuertebantur nonniſi, donec bellum hoc, multo Germanicae gentis cruore geſtum, finiretur tandem an. 1648. *per Pacem Weſtph.* in qua ſat diu laboratum erat. vid. RECHENBERG. in diſſ. *de obligatione vniuerſali pac. Weſtph.* §. 4. BVRGOLD. *ad Inſtr. pac. P.* 1. *D.* 2. Hac namque in vnum iterum coire ac propter diſſenſum religionis ſe non amplius turbare velle promittebat vtrumque belligerantium corpus. Confirmabatur itaque per eam non ſolum toties perforata pax religioſa, ſed et omnes propter religionem hactenus controuerſiae, quantum fieri poterat, decidebantur. Vt ita-

Quo ipſo ſtatus eorum nat. incipiebat.

finitus per pac. Weſtphal.

qua controverſiae relig. plane ſopiebantur.

Digitized by Google

itaque ex mente paciſcentium *perpetua aeternumque valitura pax* eſſe deberet. Quem in finem ſtatim promulgabatur *Edictum exſecutionis d.* 7. *Nou.* 1648. et an. 1649. *d.* 2. *Mart.* aliud *Arctior exſequendi modus.* Quod mox excipiebat Noribergae d. 29. Sept. *Erſter Friedens-Executions-Haupt-Receß* et dein d. 16. Iun. 1650. *ander Friedens-Executions-Haupt-Receß*, quae pro maiori pacis validitate nouiſſimo Receſſui Imp. d. an. 1654. poſt inſtrum. pacis inſerta leguntur. Et ne illam pacificationem quis in dubium vocare auderet, in omnibus inſecutis capitulationibus fuit confirmata *art.* 2. Hinc tot egregiis encomiis pax iſta a DD. celebratur, ſtudioſe collectis a C. O. RECHENBERG. *l. c.* §. 8.

Inanes pariter proteſtationes contra hanc pacem. a) pontificis Innocent. X.

§. XVI. Ceſſant itaque, nulliusque momenti ſunt obtrectatorum proteſtationes contra ſaluberrimam hanc pacem. Vanus diſſenſus Pontificis INNOCENTII X. Eius quippe conſenſu circa Imperii negotia plane opus non eſſe, ſupra iam §. 14. fuit demonſtratum. Vt itaque mirum, quod Praeſul iſte Rom. nondum deſinere potuerit falcem in alterius mittere meſſem. Et ſane Bulla eius, ZELO DOMVS DEI ex Tarpeia arce d. 26. Nou. emiſſa, exhibita in CHERVBINI *Bullario magno T.* 4. *p.* 269. qua coalitam pacem, cum eam nullo modo impedire potuerat, (vid. Dn. RECHENBERG. *l. c.* §. 9) annullare contendebat, ceu intumeſcens aquae bulla, mox euanuit, pace executioni data. Ineptias eius hic indicare, ſuperuacuum duco, cum id ab aliis ſatis ſuperque factum intelligo. Sic namque eam grauiter depexam dederunt DAV. BLONDELLVS ſub ficto nomine AMANDI FLAVIANI 1651. 10. HOORNBECK in *examine illius Bullae Vltrai.* 1652. 4. BEN. CARPZ. ſub nomine LVD. de MONTESPERATO *in vindiciis Pac. Osnabrug. contra Innoc. X. bullam annullatoriam* 1653. 4. Titulus praefert *Londinum*, ſed in *Germania* lucem vidiſſe, typi oſtendunt. Quis iſte eſſet MONTESPERATO, varia DD. erat

con-

Digitized by Google

conjectura. CONRINGIO propter variam in eo ſcripto doctrinam plerique id attribuebant; ſed eſſe CARPZOVII foetum, poſtea e.:d diſſ. eius de *coercitione haereſeos* Lipſ. 1674. habita, §. 8. cognitum fuit. vid. THVLEM. de *Octou. c.* 20. PLACCIVS *in Theſaur. anon. et Pſeud. p.* 44. Nec tamen CONRINGIVS omiſit pro ſolida ſua doctrina in hanc INNOCENTII bullam *animaduerſiones quaſdam* emittere, iunctas libello eius *de pace Proteſtantibus danda*, quas ſub nom. IRENAEI EVBVLI Friedb. 1648. 4. oppoſuit iudicio Theologico ſub nomine ERN. de EVSEBIIS, ante confectam adhuc pacem, Eccleſiopoli 1647. publicato. Verus illius iudicii Theol. auctor erat IO. MVHLMANN e caſtris Lutheranorum ad Catholicos transfuga, qui pacem, qualem Proteſtantes deſiderabant, per ſe illicitam clamabat, refutatus praeterea a *Car.* a LOBKOWITZ in pace *licita*, de qua tamen vid. *Io. Ad.* SCHERZERI *programma* in collect. programmatum a C. F. BOERNERO Lipſ. 1717. 8. ſub tit. *Academiae Lipſienſis pietas in ſacroſanct. reformationem.* conf. etiam Dn. SCHWEDER *cit. d.* §. 29. Porro comparuit contra hanc bullam ſcriptum Germ. *Rettung des Osnabr. Friedens wider Innocent. X. Nullitäts-Erklärung.*

§. XVII. Praeuiderant has proteſtationes Paciſcentes; quare ne eae pacificationi ſuae forent nocumento, peculiari *art.* 5. illi praeuenire voluerunt iunct. *text. ſupra* §. 12. *in fin. adductis*, add. SCHILTER de *L. E. G. l.* 7. *c.* 13. §. 6. BVRGOLD. *l. c. P.* 2. *diſſ.* 17. §. 1. Quibus ipſis omnes *priuatorum* oblatrationes prohibuerunt, inprimis cum per eas priſtinis temporibus multarum diſcordiarum materiam fuiſſe enatam intellexiſſent. vid. LONDORP. *T.* 6. *l.* 3. *contin. c.* 30. *p.* 29. Mirum itaque eſt, nonnullos, his inſuper habitis, ſibi temperare non potuiſſe, quin bilem ſuam contra hanc pacem quoque euomerent. vid. Dn. HOFFMANN. *l. c. c.* 3. §. 5. *p.* 31. *ſq.* In recenti etiam memoria *2) etiam priuatorum.*

Digitized by Google

moria adhuc ſunt, quae 1715. cum PAVL. VSLEBERVS Prof. Heidelberg. *in diſſ. de diſciplina Eccleſiae vet. et mod.* idem feciſſet, geſta ſunt, quae nouo *decreto probibitiuo* anſam praebuerunt. vid. FABRI *Staats-Cantzl P.* 26. *c.* 13. *p.* 714. *ſeq.* et *P.* 27. *c.* 10. Hoc ipſo tamen non prohibitum, religionum fundamenta aut errores ex ſacro Cod. demonſtrare, multo minus in ipſam commentari pacificationem, modo id fiat veritatis ſtudio, absque omni feruore intempeſtiuo, ac iniuriis, ne publica religionum tolerantia earumque liberum exercitium impugnetur. HOFFMANN. *l. c.* §. 6. *ſq.* Manet itaque pax Weſtphalica *perpetua lex et ſanctio Imperii pragmatica*, nullo modo in dubium vocanda, ex qua omnes impoſterum de religionis in Imperio exercitio controuerſiae erunt decidendae, niſi quaedam in ſubſecutis Pacificationibus, *Neomagenſi* de A. 1697. *Ryswicenſi* de an. 1697. ac *Badenſi* 1714. fuiſſe aliter conuenta doceri poſſit, de qua materia in praeſenti diſſerere non vacat, cum ſat prata biberint, et ſic properandum ſit ad FINEM.

vnde concludatur, firmam eſſe hanc pacem.

2510281 D

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

B.5.3.424

Digitized by Google